

Eckard Winkhaus

Der Bericht des Vorstandes einer Aktiengesellschaft
über

Beziehungen zu verbundenen Unternehmen
unter besonderer Berücksichtigung des
Problems der Ausgleichspflicht
und der Einfluß von Rahmenverträgen, welche die
Geschäftsbeziehungen zwischen herrschender und
abhängiger Gesellschaft regeln, auf die
Berichterstattungspflicht und den Berichtsumfang

1967



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Der Bericht des Vorstandes einer Aktiengesellschaft
über

Beziehungen zu verbundenen Unternehmen
unter besonderer Berücksichtigung des
Problems der Ausgleichspflicht
und der Einfluß von Rahmenverträgen, welche die
Geschäftsbeziehungen zwischen herrschender und
abhängiger Gesellschaft regeln, auf die
Berichterstattungspflicht und den Berichtsumfang

Inauguraldissertation zur Erlangung des akademischen
Grades eines Doktors der Rechte durch die Rechts- und
Staatswissenschaftliche Fakultät der Westfälischen
Wilhelms-Universität

vorgelegt von
Rechtsanwalt Eckard Winkhaus
aus Essen

1967



1. Berichterstatter: Prof. Dr. Westermann

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Reinicke

Dekan: Prof. Dr. Mülhaupt

Tag der mündlichen Prüfung: 18. Mai 1967

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Literaturverzeichnis	V-XV
Abkürzungen	XVI
Einleitung	1
<u>Teil A</u>	5
Gestaltung des Abhängigkeitsberichts für den Normalfall	5
I. Der Schutz der faktisch abhängigen Gesellschaft und die Funktion des Abhängigkeitsberichts als Lösung dieser Aufgabe durch das Aktiengesetz	6
1. Die Minderheits- und Gläubiger-Schutzbestimmungen des Aktiengesetzes im allgemeinen	6
2. Die Bestimmung des Aktiengesetzes von 1937 zum Recht über faktisch verbundene Unternehmen im Vergleich zu den heute maßgebenden Vorschriften	11
3. Die Funktion des Abhängigkeitsberichts im einzelnen	16
II. Inhalt und Ausführlichkeit des Abhängigkeitsberichtes nach § 312	20
1. Kreis der mit einer abhängigen Gesellschaft verbundenen Unternehmen	20
a) Faktische Unternehmensverbindungen	24
b) Vertragliche Unternehmensverbindungen	33
c) Institutionelle Unternehmensverbindungen	41
2. Das Abhängigkeitsverhältnis nach §§ 311 ff	42
3. Die Berichterstattungspflicht bei mehrstufigen Unternehmensverbindungen	45
a) Rechtshandlungen zwischen abhängiger Gesellschaft und ihren Tochtergesellschaften	46
b) Rechtshandlungen zwischen dem herrschenden Unternehmen und seinen mittelbar verbundenen Gesellschaften	48

	<u>Seite</u>
4. Die berichtspflichtigen Tatbestände	49
a) Mitteilung des Unternehmensverbundes	50
b) Die Berichtspflicht über "Rechtsgeschäfte" und "Maßnahmen" nach § 312 Abs. 1 Satz 2	52
c) Die Begriffe "auf Veranlassung" - "im Interesse"	57
d) Bericht über die berichtspflichtigen Tatbestände in zusammengefaßter, aber vollständiger Form	61
5. Schlußerklärung des Vorstandes § 312 Abs. 3	64
III. Erfassung der berichtspflichtigen Tatbestände während des Geschäftsjahres als Voraussetzung für die Erstattung des Abhängigkeitsberichtes	66
1. Vollständigkeit der Erfassung aller Rechtsgeschäfte sowie der getroffenen und unterlassenen Maßnahmen	66
2. Leistung und Gegenleistung der Rechtsgeschäfte	69
3. Gründe für getroffene oder unterlassene Maßnahmen	70
4. Vor- und Nachteile der Rechtsgeschäfte und Maßnahmen im vergangenen Geschäftsjahr	70
IV. Die Ausgleichspflicht und die Bewertung der vorgenommenen Rechtsgeschäfte und getroffenen Maßnahmen	73
1. Der Ausgleich von Nachteilen	73
2. Der Zeitpunkt für die Beurteilung von Rechtsgeschäften und Maßnahmen	79
3. Der Maßstab für die Beurteilung der Angemessenheit der Leistung und Gegenleistung sowie der Vor- und Nachteile	82
a) Die Fiktion des unabhängigen Dritten	82
b) Die Durchführbarkeit der gesetzlichen Fiktion	83
c) Die Bestimmung der Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung bei Fehlen eines neutralen Drittgeschäftes	85
d) Die Bewertung von Maßnahmen	88

	<u>Seite</u>
V. Die Problematik der gesetzlichen Fiktion auf dem Gebiet des Steuerrechts	90
1. Die verdeckte Gewinnausschüttung im Handelsrecht	90
a) Der Teilbegriff "Gewinn"	92
b) Der Teilbegriff "Ausschüttung"	96
c) Die Begriffseinheit "verdeckte Ausschüttung"	97
2. Der Problemzusammenhang zwischen der Vorschrift des § 311 und der verdeckten Gewinnausschüttung bei der Bestimmung der Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung	99
a) Die Fiktion des unabhängigen Unternehmens	100
b) Die Besonderheit der verdeckten Gewinnausschüttung im Konzern	102
<u>Teil B</u>	106
I. Der Rahmenvertrag zwischen zwei oder mehreren Unternehmen	106
1. Beispiele für den Rahmenvertrag	106
a) Der Fabrikationsvertrag	107
b) Der Vertriebsvertrag	109
2. Der Inhalt des Rahmenvertrages im allgemeinen	111
3. Die Abgrenzung eines Rahmenvertrages vom Beherrschungsvertrag	113
II. Rahmenverträge aus der Zeit vor Inkrafttreten des Aktiengesetzes von 1965	116
1. Änderung des zuvor geltenden Rechts über die Beziehungen von faktisch verbundenen Unternehmen durch die Vorschriften der §§ 311 ff	117
a) § 311 im Vergleich zu § 101 AktG 1937	117
b) Das Verhältnis von § 317 zu § 117 (§ 101 AktG 1937)	120

	<u>Seite:</u>
2. Die Sorgfaltspflicht des Vorstandes für die Beurteilung von Rahmenverträgen unabhängig von § 311	125
III. Der Einfluß der Bestimmungen in §§ 311 ff auf Rahmenverträge	126
1. Rechtshandlungen, die den Bestand eines Rahmenvertrages berühren	127
a) Der Einfluß des herrschenden Unter- nehmens auf den Bestand eines Rahmen- vertrages als Voraussetzung für die Anwendung des § 311	127
b) Die Beurteilung dieser Rechtshandlungen auf ihre Angemessenheit	131
2. Einzelgeschäfte in Ausführung eines Rahmen- vertrages	135
IV. Der Inhalt des Abhängigkeitsberichts nach § 312 bei Bestehen eines die Geschäftsbe- ziehungen regelnden Rahmenvertrages	138
V. Die Erfassung der berichtspflichtigen Tatbestände bei Bestehen eines Rahmenvertrages	142

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

=====

- Albach Korreferat zu den Ausführungen von
Gessler: Die Rechtsverhältnisse ver-
bundener Unternehmen,
in NB 1966, S. 205
- Ballerstedt Die Verfassung der Aktiengesellschaft
und Organschaftsvertrag
in DB 1957, S. 837
- Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei
Kapitalgesellschaften
Tübingen, 1949
- Beiträge zur Aktienrechtsreform
Rautmann, Schmidt usw., herausgegeben
von Hans Hengeler
Heidelberg, 1959
- Bengs Die Besteuerung verdeckter Ausschüt-
tungen und verdeckter Gewinnausschüt-
tungen bei Kapitalgesellschaften
in ZfhF 1938, S. 58
- Bericht über das Ergebnis einer Untersuchung
der Konzentration in der Wirtschaft,
Konzentrations-Enquete
Bundesdrucksache IV., S. 2320
- Bericht über die Fachtagung 1966 des Insti-
tuts der Wirtschaftsprüfer in Deutsch-
land e.V.: Wirtschaftsprüfung im neuen
Aktienrecht
Düsseldorf, 1966
- Boesebeck Stimmrecht bei wechselseitiger Ver-
flechtung zweier Aktiengesellschaften,
Entgegnung auf die Ausführungen von
Hefermehl in DB 1955, S. 304;
in DB 1955, S. 401
- Brönner Die Bilanz nach Handels- und Steuer-
recht, 6. Aufl., Stuttgart, 1966
- Verdeckte Gewinnausschüttung
in GmbHR 1952, S. 188
- Bühler Steuerrecht der Gesellschaften und
Konzerne, 3. Aufl., Berlin und
Frankfurt, 1956

- Dietzen Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung für stille Reserven
Leipzig, 1937
- Duden Aktienrechtliche Fragen zur "Organ-
schaft" mit einem Großaktionär
in BB 1957, S. 49
Die Diskussion über das Konzernrecht
in BB 1957, S. 1230
- Edelkott Der Konzernabschluß in Deutschland,
Eine Untersuchung über seine Aussage-
fähigkeit und seine zweckmäßige
Gestaltung, Zürich, 1963
- Egger Das Dividendenbezugsrecht des Aktio-
närs, Berlin, 1930
- Enneccerus Nipperdey: Allgemeiner Teil des bür-
gerlichen Rechts. Ein Lehrbuch
Erster Halbbd., 15. Aufl.,
Tübingen, 1959
Zweiter Halbbd., 15. Aufl.,
Tübingen, 1960
- Erman Arndt, Bartholomeyczik, Böhle-
Stamschräder, Drees, Groepper, Hauß,
Hefermehl, Hense, Küchenhoff,
Marquardt, Ronke, Schopp, Schulze-
Wenck, Seiler, Weitnauer, Westermann
Handkommentar zum Bürgerlichen Ge-
setzbuch 1. Bd., 3. Aufl.,
Münster, 1962
- Esser Schuldrecht, Allgemeiner und beson-
derer Teil, 2. Aufl., Karlsruhe, 1960
- Everling Interne Preisbildung bei Lieferung
gleicher Erzeugnisse an externe und
interne Abnehmer
in BFuP 1963, S. 446
- Fechner Die Treuebindung des Aktionärs
Weimar, 1942
- Felix Verdeckte Gewinnausschüttung an
Nichtgesellschafter
in Steuerberaterjahrbuch 1954/1955,
S. 278

- Filbinger Die Schranken der Mehrheitsherrschaft
im Aktienrecht und Konzernrecht
Schriftenreihe: Neue Deutsche For-
schungen, Band 312, Berlin, 1942
- Flaucher Verdeckte Gewinnausschüttung und das
Problem ihrer Erfassbarkeit,
Diss., Köln, 1958
- Flume Die abhängige Aktiengesellschaft und
die Aktienrechtsreform
in DB 1959, S. 190

Die konzernrechtliche Gestaltung im
Aktienrecht
in Die große Aktienrechtsreform, S.67

Grundfragen der Aktienrechtsreform
Bemerkungen zu dem Regierungsentwurf
eines Aktiengesetzes
Schriftenreihe: Handelsblatt
Düsseldorf, 1960
- Friedländer Konzernrecht
unter Berücksichtigung der ameri-
kanischen Praxis
2. Aufl., Berlin und Frankfurt, 1954
- Gessler Probleme des neuen Konzernrechts
in DB 1965, S. 1691, S. 1729

Das neue Aktienrecht
in BB 1965, S. 677

Der Schutz der abhängigen Gesellschaft
in Festschrift für W. Schmidt, S. 247
Berlin, 1959

Die Rechtsverhältnisse verbundener
Unternehmen
in NB 1966, S. 198
- Gierke, von Dauernde Schuldverhältnisse
in Iherings Jahrbücher für die
Dogmatik des bürgerlichen Rechts
Bd. 64, 1914, S. 355

- Goerdeler Geschäftsbericht, Konzerngeschäftsbericht und "Abhängigkeitsbericht" aus der Sicht des Wirtschaftsprüfers in Wpg 1966, S. 113
- Zum Thema: Abhängigkeitsbericht unter betriebswirtschaftlichen Aspekten in Bericht über die Fachtagung 1966, S. 125
- Godin Wilhelmi: Aktiengesetz vom 6. September 1965, Kommentar
 3. Aufl., Berlin, 1966
- Aktiengesetz vom 30. Juni 1937
 1. Aufl., Berlin, 1937
- Großkommentar Aktiengesetz
 Bearbeitet von Barz, Fischer, Klug, Mellerowicz, Meyer-Landrut, Schilling, Schmidt, Bd. 1, 2. Aufl., Berlin, 1961
 Bd. 2, 2. Aufl., Berlin, 1965
 Bd. 1, 1. Aufl., Berlin, 1937
- Hahn Handels- und steuerrechtliche Zulässigkeit von Konzernverrechnungspreisen
 in BFuP 1965, S. 342, S. 438
- Handwörterbuch der Betriebswirtschaft, begründet von Nicklisch
 3. Bd., 3. Aufl., Stuttgart, 1960
 4. Bd., 3. Aufl., Stuttgart, 1962
- Handwörterbuch der Sozialwissenschaften
 zugleich Neuauflage des Handwörterbuchs der Staatswissenschaften
 herausgegeben von Beckerath, Bente usw., 10. Bd., Stuttgart, Tübingen, Göttingen, 1959
- Hardach Die "einheitliche Leitung" von Konzernen; Aufgaben, Formen und Wege der Konzernleitung
 in Zeitschrift für Handelswissenschaftliche Forschung 1961, S. 724

- Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V., 8. und 9. Arbeitstagung 1965/1966
Als Manuskript gedruckt, Düsseldorf, 1966
Ergänzende Vorschläge zur Aktienrechtsreform der Ausschüsse Sonderprüfung und Konzernfragen
Düsseldorf, 1958
- Koberstein Das Rechnungswesen des Konzerns
Stuttgart, 1949
- Köhler Betrieb und Unternehmen in wirtschaftsverfassungsrechtlicher Sicht
in JZ 1953, S. 713
- Kohlenbach Verdeckte Gewinnausschüttung und Organschaft mit Gewinnausschluß
in FR 1957, S. 167
- Kosiol Kostenrechnung
Reihe A, Beitrag Nr. 35,
Schriftenreihe: Die Wirtschaftswissenschaften
Wiesbaden, 1964
- Krollmann Grundlagen der verdeckten Gewinnausschüttung
in Die AG 1962, S. 296
- Kropff Aktiengesetz, Textausgabe des Aktiengesetzes vom 6.9.1965 und des Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz vom 6.9.1965
mit Begründung des Regierungsentwurfs, Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, zusammengestellt von Kropff
Düsseldorf, 1965
Das Konzernrecht des Aktiengesetzes 1965, in BB 1965, S. 1281
Die wechselseitige Beteiligung nach dem Entwurf eines Aktiengesetzes
in DB 1959, S. 15
Zum Thema: Abhängigkeitsbericht unter betriebswirtschaftlichen Aspekten
in Bericht über die Fachtagung 1966, S. 127

- Larenz Lehrbuch des Schuldrechts
Allg. Teil, 1. Bd.
6. Aufl., München, Berlin, 1963
- Leo Die Einmann-AG und das neue Konzern-
recht
in Die AG 1965, S. 352
- Meier, A. Der Abhängigkeitsbericht unter be-
triebswirtschaftlichen Aspekten
in Bericht über die Fachtagung 1966,
S. 83
- Mestmäcker Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte
der Aktionäre
Eine rechtsvergleichende Untersuchung
nach deutschem Aktienrecht und dem
Recht der Corporations in den
Vereinigten Staaten
Karlsruhe, 1958
- Möhring Die gesetzliche Regelung der Unter-
nehmensverbindungen im neuen Aktien-
gesetz
in NJW 1967, S. 1
- Moxter Offene Probleme der Rechnungslegung
bei Konzernunternehmen
in ZfHf 1961, S. 646
- Müller, O. Die Rechtsnatur von Beherrschungs-
vertrag und Gewinnabführungsvertrag
im Regierungsentwurf zu einem
Aktiengesetz
in Die AG 1965, S. 133
- Nicklisch Organisation
Stuttgart, 1922

Wirtschaftliche Betriebslehre
Stuttgart, 1922
- Obermüller Werner, Winden: Aktiengesetz 1965
Bd. 1.: Erläuterungen mit prakti-
schen Hinweisen
Stuttgart, 1965
- Palandt Danckelmann, Gramm, Hoche, Keidel,
Lauterbach
Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar
26. Aufl., München und Berlin, 1967

- Rasch Deutsches Konzernrecht
2. Aufl., Köln, Berlin, 1955
3. Aufl., Köln, Berlin, Bonn,
München, 1966
Gewinnabführungs- und Weisungsver-
träge im Referentenentwurf eines
Aktiengesetzes
in BB 1959, S. 165
Richtige und falsche Wege der Aktien-
rechtsreform
Karlsruhe, 1960
- Rasner Der Abhängigkeitsbericht des § 312
AktG
in BB 1966, S. 1043
- Rautmann Probleme aus dem Recht der Unterneh-
mensverträge
in Beiträge zur Aktienrechtsreform,
S. 191
- Referentenentwurf eines Aktiengesetzes
veröffentlicht durch das Bundes-
justizministerium
Köln, 1958
- Rieger Einführung in die Betriebswirt-
schaftslehre, 2. Aufl.,
Erlangen, 1959
- Schäfer Die Unternehmung
Einführung in die Betriebswirt-
schaftslehre, 6. Aufl., Köln
und Opladen, 1966
- Schäffer Selbstfinanzierung und Konzernrecht
in Die AG 1959, S. 57
- Schlegelberger Quassowski, Herbig, Gessler, Hefer-
mehl, Aktiengesetz vom 30. Juni 1937,
Kommentar, 2. Aufl., Berlin, 1937
- Schmalenbach Die Beteiligungsfinanzierung
8. Aufl., Köln und Opladen, 1954
Dynamische Bilanz
13. Aufl., Köln und Opladen, 1962
Kostenrechnung und Preispolitik
bearbeitet von Bauer
8. Aufl., Köln, 1963

- Schmidt, F. Die organische Tageswertbilanz
3. Aufl., Wiesbaden, 1951
- Schmidt, W. Die Verfassung der Aktiengesellschaft
in Beiträge zur Aktienrechtsreform,
S. 54

Neueste Entwicklung der Aktienrechts-
reform in der konzernrechtlichen
Regelung
in Die AG 1960, S. 29
- Schubert Zur Berichtspflicht über Beziehungen
zu verbundenen Unternehmen
in BFuP 1966, S. 172, S. 223
- Schuhmann Konzernabschluß
Die Bilanzierungspraxis deutscher
Konzerne
Wiesbaden, 1962
- Schulze-Schlutius Zur Frage der verdeckten Gewinn-
ausschüttung
in FR 1957, S. 230
- Semler jr. Das Recht der verbundenen Unternehmen
nach dem Regierungsentwurf eines
Aktiengesetzes
in Wpg 1960, S. 485, S. 552
- Soergel Siebert etc.: Bürgerliches Gesetzbuch
mit Einführungsgesetz und Neben-
gesetzen, Kommentar, 1. Bd.,
9. Aufl., Stuttgart, 1959
- Spitaler Das Wesen der verdeckten Gewinn-
ausschüttung
in DB 1948, S. 148

Die Angemessenheit der Bezüge ge-
schäftsführender Gesellschafter
einer GmbH
Köln, 1958

Die Frage der angemessenen Bezüge ge-
schäftsführender Gesellschafter einer
GmbH, in GmbHR 1954, S. 49

Neues zur Frage der Angemessenheit
der Bezüge geschäftsführender Gesell-
schafter einer GmbH
in GmbHR 1955, S. 49

Spitzenverbände	der gewerblichen Wirtschaft Bundesverband der Deutschen Industrie Bundesverband des privaten Bank- gewerbes Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände Deutscher Industrie- und Handelstag Gesamtverband der Versicherungs- wirtschaft Ergänzende Stellungnahme zu konzern- rechtlichen Bestimmungen im Referen- tententwurf eines Aktiengesetzes Köln und Bonn, 1959 Gemeinsame Denkschrift zum Referen- tententwurf eines Aktiengesetzes Köln und Bonn, 1959
Stehle	Abhängigkeitsbericht oder Beherr- schungsvertrag in Die AG 1966, S. 233
Steinberg	Kapitalgesellschaft und Gesellschafter Die steuerliche Beurteilung von Ver- tragsgestaltungen, Heidelberg, 1961
Teichmann	Köhler: Aktiengesetz, Kommentar 3. Aufl., Heidelberg 1958
Trumpler	Die Bilanz der Aktiengesellschaft nach deutschem Aktien- und Steuerrecht unter Hinweisen auf das Recht der Vereinigten Staaten, Englands und der Schweiz Basel, 1950
Wilhelmi	Das neue Aktiengesetz 4. Das Recht der verbundenen Unter- nehmen in Die AG 1965, S. 247, S. 277, S. 307, S. 349
Weber, W.	Treu und Glauben (§ 242 BGB) Berlin, 1961
Werth	Vorstand und Aufsichtsrat in der Aktiengesellschaft Düsseldorf, 1960

- Westerfelhaus Glade: Verdeckte Gewinnausschüttung
als steuerrechtliches und betriebs-
wirtschaftliches Problem
2. Aufl., Düsseldorf, 1961
- Westermann Sachenrecht, Ein Lehrbuch
5. Aufl., Karlsruhe, 1966
- Wollert Der Abhängigkeitsbericht nach dem
AktG 1965
in DB 1966, S. 1281
- Würdinger Aktienrecht, Eine systematische
Darstellung
Karlsruhe, 1959

Aktien- und Konzernrecht
Eine systematische Darstellung
2. Aufl., Karlsruhe, 1966

Zum Regierungsentwurf eines
Aktiengesetzes
in Die AG 1960, S. 109
- Zur großen Aktienrechtsreform
Referate und Diskussionen einer
Fachtagung der Forschungsstelle der
Friedrich-Ebert-Stiftung
Stammberger, Ballerstedt, Gessler,
Flume, Hax, Koch
Hannover, 1962

Zeitschriften - Abkürzungen

=====

Betriebsberater.	BB
Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis	BFuP
Bundesdrucksache	
Der Betrieb	DB
Deutscher Reichsanzeiger	
Die Aktiengesellschaft	Die AG
Die Wirtschaftsprüfung	Wpg
Finanzrundschau	FR
Juristenzeitung	JZ
Neue Betriebswirtschaft	NB
Neue Juristische Wochenschrift	NJW
Zeitschrift für handelswissenschaftliche Forschung	ZfhF

Einleitung

=====

Seit der Jahrhundertwende und vor allem seit der Inflationszeit nach dem ersten Weltkrieg hat sich innerhalb unserer Volkswirtschaft ein Strukturwandel vollzogen, der zu einem immer stärkeren Zusammenschluß von Unternehmen und der Unterstellung selbständiger Unternehmen unter die Leitung anderer Gesellschaften führte. Mit Rücksicht auf den internationalen Wettbewerb wird seit einigen Jahren die Frage nach der Konzentration von Unternehmen immer dringlicher. Durch die stärker werdende Verbindung der Wirtschaft der Bundesrepublik Deutschland mit dem internationalen Wirtschaftsmarkt auch über Europa hinaus sind Unternehmungen notwendig, die sich in ihrer Leistungsfähigkeit mit größeren, etwa nordamerikanischen, Gesellschaften messen können. Das Mißverhältnis in der Größenordnung zwischen den Unternehmen der Vereinigten Staaten und denen Europas kann auf die Dauer nicht ohne Folgen für die Wettbewerbsfähigkeit unserer Gesellschaft sein¹⁾.

Schon die Schöpfer des Aktiengesetzes von 1937 hatten die notwendige und zwangsläufige Entwicklung zur Konzentration anerkannt. Eine gewisse konzernfreundliche Haltung kann dem bisherigen Aktiengesetz nicht abgesprochen werden, wenn in der amtlichen Begründung²⁾ zu diesem Gesetz eingeräumt wird, daß das Gesamtinteresse eines Konzerns dem Interesse einer Konzerngesellschaft und ihrer Aktionäre zuwiderlaufen kann, und daß in bestimmten Fällen das Interesse des einzelnen Konzernunternehmens vor dem höheren Interesse der in dem Konzern zusammengefaßten Gemeinschaft zurücktreten muß.

1) Zur wirtschaftlichen Ursache der Unternehmensverflechtungen vgl. Würdinger, Aktien- und Konzernrecht, S. 254 f und die dort angegebene umfassende Literatur.

2) abgedruckt in Deutscher Reichsanzeiger vom 30.1.1937, Nr. 28

Angesichts der möglichen Interessenkollisionen und des Umstandes, daß mindestens 50 %¹⁾ der deutschen Aktiengesellschaften verbunden sind, konnte es der Gesetzgeber nicht bei den bisherigen Einzelbestimmungen des Aktiengesetzes²⁾ und den allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts belassen. Man war sich jedoch bei der Diskussion der Regelung über die verbundenen Unternehmen darüber einig, daß durch das neue Aktiengesetz politische Entscheidungen nicht getroffen werden sollten. So sollte eine Konzernbildung durch die neuen Vorschriften weder verhindert noch begünstigt werden. Es wurde aber anerkannt, daß zur Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit eine Konzernbildung in manchen Industriezweigen unerläßlich ist. Entsprechend der wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Zielsetzung der Aktienrechtsreform mußte der Gesetzgeber einmal Vorkehrungen zum Schutze der Minderheitsaktionäre treffen, zum anderen aber auch den berechtigten Belangen des Konzerns Rechnung tragen. Man wird der Begründung zum Regierungsentwurf³⁾ des neuen Aktiengesetzes zuzustimmen haben, daß eine Aktienrechtsreform, die diesen Namen verdienen will, an einer Regelung des Konzernrechts nicht vorübergehen konnte.

Für einen allgemeinen Überblick des neuen Konzernrechts muß es genügen, nur auf einige tragende Grundsätze der Neuregelung hinzuweisen:

Wesentlich ist vor allem die Unterscheidung zwischen Vertragskonzernen und faktischen Konzernen. Von den Unternehmensverträgen, die das neue Aktiengesetz regelt, sind entsprechend

1) vgl. Gessler, Der Schutz der abhängigen Gesellschaft in: Festschrift für Walter Schmidt, S. 248 und die dort angegebenen Quellen; auch Würdinger, Aktien- und Konzernrecht, S. 254

2) insb. § 15 AktG 1937

3) vgl. Begründung RegE Vorbemerkung vor § 291, abgedruckt bei Kropff, S. 373 f

der bisherigen Entwicklung der Beherrschungsvertrag und der Gewinnabführungsvertrag die bedeutendsten. Beide Verträge werden künftig - wie bisher - in aller Regel dem im Steuerrecht entwickelten Organschaftsvertrag mit Ergebnisübernahmevereinbarung entsprechen. Begrifflich und wegen ihrer Rechtsfolgen sind diese Verträge jedoch zu unterscheiden.

Die stärkste Leitungsmacht besteht aufgrund des Beherrschungsvertrages. Allein in diesem Fall hat der Vorstand des herrschenden Unternehmens auch das Recht, den Vorstand der abhängigen Gesellschaft zur Vornahme von solchen Geschäften anzuweisen, die für die abhängige Gesellschaft nachteilig sind¹⁾.

Besteht kein Beherrschungsvertrag, sondern nur ein Gewinnabführungsvertrag, ein anderer Unternehmensvertrag oder ein faktischer Unternehmensverbund, so ist auch hier eine Einflußnahme des herrschenden Unternehmens grundsätzlich zulässig. Der Vorstand der abhängigen Gesellschaft ist jedoch nicht verpflichtet, eine Anweisung zu befolgen. Die Einflußnahme des herrschenden Unternehmens ist dann unzulässig, wenn sie zu einem Nachteil bei der abhängigen Gesellschaft führen würde. Damit ist in diesen Fällen das Wohl der einzelnen abhängigen Gesellschaft dem Wohl des Konzerns übergeordnet. Es ist demnach zu erkennen, daß einer Gesellschaft, die nur durch einen faktischen Konzern gebunden ist, eine größere Selbständigkeit verbleibt.

Für faktisch verbundene Unternehmen hat der Gesetzgeber eine Reihe von Sicherungen getroffen, mit deren Erlaß Neuland betreten worden ist, nämlich die Pflicht zur Erstattung und

¹⁾ vgl. § 308 Abs. 1 AktG

Prüfung des sogenannten Abhängigkeitsberichtes. In diesem Bericht des Vorstandes der abhängigen Gesellschaft an den Aufsichtsrat sind die Beziehungen dieser Gesellschaft zu verbundenen Unternehmen alljährlich umfassend darzustellen. Der Bericht ist zunächst vom Abschlußprüfer und danach durch den Aufsichtsrat der abhängigen Gesellschaft zu prüfen. Der Erfolg der weitgehenden und sehr schwierigen Offenlegungspflichten im Abhängigkeitsbericht über die sehr vielfältigen Beziehungen zu verbundenen Unternehmen sowie der Verlauf ihrer praktischen Handhabung bleiben abzuwarten.

Die folgende Untersuchung soll der Erläuterung der gesetzlichen Vorschriften über den sogenannten Abhängigkeitsbericht dienen und eine Antwort auf einzelne, im Zusammenhang mit der Pflicht zur Aufstellung eines Abhängigkeitsberichts entstandene Fragen geben.

T e i l A

Gestaltung des Abhängigkeitsberichts für den Normalfall

Dieser Teil der Untersuchung, der Grundlage für den Teil B sein soll, dient einmal der Erläuterung der durch das neue Konzernrecht geschaffenen Begriffe, die im Zusammenhang mit den Bestimmungen über den Bericht über Beziehungen zu verbundenen Unternehmen stehen¹⁾; zum anderen wird sich der erste Teil mit den offenen Fragen zum Inhalt und Umfang des Abhängigkeitsberichts nach § 312²⁾ in grundsätzlicher Weise auseinandersetzen. Ein ausführlicher Abschnitt handelt von dem Problem der Bewertung der zwischen herrschender und abhängiger Gesellschaft vorgenommenen Rechtsgeschäfte und getroffenen Maßnahmen. Der zweite Hauptteil soll auf die durch das Thema gestellte Aufgabe eingehen, wie ein Abhängigkeitsbericht gefaßt werden muß, wenn sämtliche Geschäftsbeziehungen zwischen abhängiger und herrschender Gesellschaft durch einen sogenannten Rahmenvertrag geregelt sind, wobei zunächst der Begriff des Rahmenvertrages erläutert werden wird.

1) Im folgenden wird anstelle des gesetzlichen Begriffes "Bericht des Vorstandes über Beziehungen zu verbundenen Unternehmen" aus sprachlichen und sachlichen Gründen der Ausdruck "Abhängigkeitsbericht" verwandt. In der Praxis hat sich allgemein der Begriff "Abhängigkeitsbericht" durchgesetzt. Die sachlichen Gründe werden auf S. 51 erläutert.

2) Paragraphen ohne Gesetzesbezeichnung sind die des Aktiengesetzes vom 6. September 1965 (Bundesgesetzblatt I, S. 1089 ff).

I. Der Schutz der faktisch abhängigen Gesellschaft und die Funktion des Abhängigkeitsberichts als Lösung dieser Aufgabe durch das Aktiengesetz

Ein grundsätzliches Rechtsproblem der abhängigen Aktiengesellschaft besteht darin, daß dem allgemeinen Aktienrecht nach der Regelung des Gesetzes die Aktiengesellschaft als alleinstehende selbständige juristische Person zugrunde liegt, und die Abhängigkeit einer Aktiengesellschaft zu diesem Leitbild in Widerspruch steht¹⁾. Die im Aktiengesetz von 1937 für eine unabhängige Aktiengesellschaft vorgesehene Verteilung von Leitungsmacht und Verantwortung reichte im Falle von Unternehmensverbindungen nicht mehr aus, die Interessen der abhängigen Gesellschaft selbst, ihrer Gläubiger und ihrer außenstehenden Aktionäre zu beachten und zu schützen²⁾. Das Ziel einer Kodifizierung des Konzernrechts war es daher, die Unternehmensverbindungen rechtlich zu erfassen und durchsichtig zu machen, so daß einmal die Minderheitsaktionäre und Gläubiger besser geschützt, und zum anderen Leitungsmacht und Verantwortlichkeit in Einklang gebracht werden³⁾.

1. Die Minderheits- und Gläubiger-Schutzbestimmungen des Aktiengesetzes im allgemeinen

Um dem Mißbrauch der Ausnutzung eines Unternehmens durch den Hauptgesellschafter oder durch ein herrschendes Unternehmen vorzubeugen, mußte der Gesetzgeber Bestimmungen schaffen, die die Möglichkeit eines Mißbrauchs zumindest einschränken

- 1) Flume, Die abhängige Aktiengesellschaft und die Aktienrechtsreform in DB 1959, S. 190
- 2) vgl. Spitzenverbände der gewerblichen Wirtschaft: Ergänzende Stellungnahme zu konzernrechtlichen Bestimmungen im Referentenentwurf eines Aktiengesetzes, S. 13
- 3) vgl. im einzelnen Allg. Begründung RegE, IV, abgedruckt bei Kropff, S. 16

sollen. Dabei mußte sich der Gesetzgeber mit dem Problem auseinandersetzen, welches durch die Vertragsfreiheit einerseits und die Einschränkung dieser Freiheit andererseits aufgeworfen wird¹⁾.

Den Großgesellschaftern und dem herrschenden Unternehmen muß deutlich gemacht werden, "daß ihnen die Mitgliedschaftsrechte nicht lediglich zur Erlangung ihrer persönlichen Ziele zustehen, sondern daß sie stets auch das Wohl der Gesellschaft, der sie beigetreten sind, zu beachten haben"²⁾. Dem wichtigsten Gestaltungsprinzip des Aktien- und GmbH-Rechts, dem Mehrheitsgrundsatz³⁾, mußte ein Gegenpol, nämlich Minderheiten- und Individualrechte⁴⁾, entgegengestellt werden. Neben den herrschenden Gesellschaftern haben die Minderheitsgesellschafter und die Gläubiger des Unternehmens ein Interesse an der Erhaltung der Gesellschaft. Die Minderheitsgesellschafter sind vor allem auf eine Erhaltung des Unternehmens als Gewinnquelle bedacht, während die Gläubiger in erster Linie in dem Unternehmen eine Haftungssubstanz sehen, deren Beeinträchtigung sie nach Möglichkeit zu vermeiden suchen. Die Motive aller

-
- 1) vgl. dazu u.a. Westermann, Sachenrecht, § 3 III S. 19 f, Würdinger, Aktienrecht, S. 258, Enneccerus, Nipperdey, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, B 1, § 15 Abschn. II 1)
- 2) RG vom 22.1.1935 in RGZ 146, S. 395
- 3) vgl. Würdinger, Aktien- und Konzernrecht, S. 245 f, Filbinger, Die Schranken der Mehrheitsherrschaft, S. 23
- 4) Würdinger, Aktien- und Konzernrecht, erläutert auf S. 146 ff den Begriff des Minderheitenschutzes und bringt einige Tatbestände; vgl. auch Stammberger in: Zur großen Aktienrechtsreform, S. 23, im einzelnen Filbinger, Die Schranken der Mehrheitsherrschaft, S. 23 ff.

Gruppen mögen zwar unterschiedlich sein, in ihrem Ziel, der Erhaltung der Gesellschaft, sind sie sich jedoch einig. Aus diesem Grund dienen in vielen Fällen auch die Minderheitsrechte zugleich dem Gläubigerschutz, während die Rechte der Gläubiger gleichfalls den Minderheitsgesellschaftern zugute kommen¹⁾.

Das Aktiengesetz hat dementsprechend Schutzbestimmungen für die Gläubiger und für die Aktionäre getroffen, wie u.a. Bestimmungen über das Verbot einer Rückgewähr von Einlagen²⁾, das Verbot einer Dividendengarantie³⁾, das Verbot einer Abschlagsdividende⁴⁾ sowie das Verbot einer unzureichenden Dotierung der gesetzlichen Rücklage⁵⁾. Während die aufgeführten Bestimmungen vornehmlich zum Schutze der Gläubiger dienen, sollen folgende Bestimmungen dem Schutze der Aktionäre dienlich sein: Das Verbot einer Ausschüttung der Hauptversammlung bei der Gewinnverteilung⁶⁾, das Verbot einer übermäßigen

1) vgl. Mestmäcker, Verwaltung, Konzerngewalt etc. S. 237

2) § 57 Abs. 1 Satz 1; § 57 Abs. 2

3) Das Verbot einer Dividendengarantie (Zinszahlung), § 57 Abs. 2, ist im Grunde eine Wiederholung und Ergänzung des Grundsatzes der Erhaltung des Haftungskapitals, § 57 Abs. 1. Es wird hiermit der gleiche Zweck, nämlich die Erhaltung des Gesellschaftsvermögens als Haftungssubstanz der Gläubiger, verfolgt, vgl. Fischer in Großkommentar § 52, Anm. 15.

4) Aus der Vorschrift des § 57 Abs. 1 (den Aktionären dürfen Einlagen nicht zurückgewährt werden) ergibt sich in Verbindung mit der Vorschrift, daß an die Aktionäre lediglich der Bilanzgewinn ausgeschüttet werden darf, § 58 Abs. 4, das Verbot einer Gewinnvorauszahlung auf die erwartete Dividende, vgl. RG vom 20.2.1923 in RGZ 107, S. 168.

5) vgl. § 58 Abs. 1 - 3 für die freie Rücklage;
§ 150 für die gesetzliche Rücklage

6) § 174 Abs. 1 in Verbindung mit § 151 Abs. 4, Satz 3

Vergütung für Nebenleistungen¹⁾ sowie das Verbot des Verstoßes gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung und den Treuegedanken²⁾.

Um den Verbotsnormen Genüge leisten zu können, hat das Aktienrecht neben Haftungs- und Strafvorschriften verschiedene Überwachungs- und Prüfungsbestimmungen geschaffen³⁾. Der Aufsichtsrat ist das vom Gesetzgeber bestimmte Überwachungsorgan⁴⁾; er hat die Ordnungs- und Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung des Vorstandes zu prüfen. Die Aufgabe des Abschlußprüfers ist die Prüfung des Jahresabschlusses unter Einbeziehung der Buchführung und des Geschäftsberichts⁵⁾. Die Prüfung erstreckt sich auf die Frage, "ob die Bestimmungen des Gesetzes und der Satzung über den Jahresabschluß beachtet sind"⁶⁾. Für das Verhältnis von herrschendem Unternehmen zur abhängigen Gesellschaft sind die Überwachungs- und Prüfungsvorschriften in den §§ 312 ff niedergelegt.

1) vgl. § 61

2) zum Gleichbehandlungsgrundsatz vgl. Filbinger, Die Schranken der Mehrheitsherrschaft, S. 62; Hueck: Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, S. 339 f; aus der vielzähligen Rechtsprechung: RG vom 19.3.1926 in RGZ 113, S. 156; vom 12.6.1928 in RGZ 120, S. 373, BGH vom 6.10.1960 in DB 1960, S. 1303. Einzelne Gesetzesbestimmungen, die den Gleichbehandlungsgrundsatz hervorheben, sind: § 12 Abs. 1; § 125 Abs. 4; § 134 Abs. 1; § 186 Abs. 1 und § 271 Abs. 2. Zum Treuegrundsatz vgl.: Fechner, Die Treuebindung des Aktionärs, S. 29, 77; Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 157; RG vom 21.9.1938 in RGZ 158, S. 252, vom 30.3.1926 in RGZ 113, S. 196; vom 4.12.1934 in RGZ 146, S. 76; vom 22.1.1935 in RGZ 146, S. 396

3) Überwachungsvorschriften für den Aufsichtsrat vgl. §§ 111 Abs. 1 - 2, 171; für den Abschlußprüfer vgl. §§ 162, 166, 167

4) § 111

5) § 162 Abs. 1

6) § 162 Abs. 2

Bei der Behandlung verbundener Unternehmen unterscheidet der Gesetzgeber zwischen den vertraglich verbundenen und den faktisch verbundenen Unternehmen. Zum Schutze der Minderheiten und Gläubiger ist bei Bestehen eines vertraglichen Verbundes das herrschende Unternehmen verpflichtet, einen etwaigen Verlust der abhängigen Gesellschaft auszugleichen; die freien Rücklagen der abhängigen Gesellschaft müssen erhalten bleiben. Den außenstehenden Aktionären ist als angemessener Ausgleich ein bestimmter jährlicher Gewinnanteil zu garantieren, der nach den künftigen Ertragsaussichten der abhängigen Gesellschaft zu bemessen ist, aber in bestimmten Fällen auch an die Dividende des herrschenden Unternehmens gekoppelt werden kann. Statt eines angemessenen Ausgleichs kann jeder außenstehende Aktionär eine angemessene Abfindung verlangen, die je nach den Verhältnissen des Einzelfalles in einem Barbetrag oder in Aktien des herrschenden Unternehmens bestehen muß¹⁾.

Bei dem Fehlen einer vertraglichen, aber dem Bestehen einer tatsächlichen Abhängigkeit ist eine vertragliche Sicherung der Gesellschaft selbst, ihrer Gläubiger und Aktionäre nicht möglich. Der Gesetzgeber mußte deshalb besondere Vorschriften für das Verhältnis zwischen herrschender und beherrschter Gesellschaft bei Fehlen eines Unternehmensvertrages zum Schutze der außenstehenden Aktionäre, Gläubiger und der Gesellschaft selbst erlassen.

¹⁾ vgl. §§ 300 - 307; für alle: Würdinger, Aktien- und Konzernrecht, S. 291 ff für den Beherrschungsvertrag und S. 299 ff für den Gewinnabführungsvertrag

2. Die Bestimmung des Aktiengesetzes von 1937 zum Recht über faktisch verbundene Unternehmen im Vergleich zu den heute maßgebenden Vorschriften

Die im Aktiengesetz von 1937 getroffene Regelung zu dieser Frage stellte sich als unzureichend heraus und war darüber hinaus stark umstritten.

Nach § 101 AktG 1937 war derjenige zum Schadenersatz verpflichtet, der zu dem Zweck, für sich oder einen anderen gesellschaftsfremde Sondervorteile zu erlangen, vorsätzlich unter Ausnutzung seines Einflusses auf die Gesellschaft ein Mitglied des Vorstandes oder des Aufsichtsrates dazu bestimmte, zum Schaden der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre zu handeln¹⁾. Neben ihm hafteten die Mitglieder der Verwaltung, wenn sie unter Verletzung ihrer Pflichten gehandelt hatten und eventuell auch der begünstigte Dritte. Die Ersatzpflicht entfiel, wenn der erstrebte Vorteil schutzwürdigen Belangen diente²⁾.

Der Bestimmung des § 101 AktG 1937 ist nicht ohne weiteres zu entnehmen, ob ein herrschendes Unternehmen die abhängige Gesellschaft im eigenen oder im Konzerninteresse schädigen darf. Nach zunächst vertretener Meinung waren Konzerninteressen insbesondere schutzwürdig, wenn eine die Konzerngesellschaft oder die Aktionäre schädigende Maßnahme vom Standpunkt des Konzerns aus eine wirtschaftlich gesunde und vernünftige Maßnahme war³⁾. Ursache für diese Auffassung war die Ausführung in der amtlichen Begründung zum Aktiengesetz, daß "aufgrund des § 101 Abs. 3 zum Beispiel auch Konzerninteressen berücksichtigt werden" können⁴⁾. Nach § 101 Abs. 3 entfiel eine Ersatzpflicht,

1) § 101 Abs. 1 AktG 1937

2) § 101 Abs. 2 und 3 AktG 1937

3) vgl. Literaturhinweise bei Schmidt, Meyer-Landrut in Großkommentar, § 101 Anm. 8

4) Deutscher Reichsanzeiger vom 30.1.1937, Nr. 28

wenn der Einfluß benutzt wurde, "um einen Vorteil zu erlangen, der schutzwürdigen Belangen dient".

Auch noch die Studienkommission des Deutschen Juristentages zur Reform des Unternehmensrechtes hat grundsätzlich bejaht¹⁾, daß schutzwürdige Belange auch die Interessen einer anderen Konzerngesellschaft sein können, was allerdings sorgfältiger Prüfung der Umstände des Einzelfalles bedürfe.

In den letzten Jahren hat sich jedoch mehr und mehr die schon früher von einem Teil des Schrifttums vertretene Meinung²⁾ durchgesetzt, daß ein Konzerninteresse jedenfalls die Schädigung solcher Konzernunternehmen, bei denen auch außenstehende Gläubiger vorhanden sind, grundsätzlich nicht rechtfertigen kann³⁾.

Die § 101 AktG 1937 entsprechende Bestimmung, § 117 des neuen Aktiengesetzes, enthält demgemäß nicht mehr die Bestimmung, nach der die Ersatzpflicht entfällt, wenn der Einfluß benutzt wird, um einen Vorteil zu erlangen, der schutzwürdigen Belangen dient. Der Begriff eines schutzwürdigen Konzerninteresses wird also vom neuen Recht nicht mehr anerkannt.

1) Bericht der Kommission, Teil I, S. 54

2) Godin-Wilhelmi, 1. und 2. Aufl., § 101, Anm. 6

3) Rasch, Konzernrecht, S. 101 f; Gutachten für den 42. Juristentag, S. 41; Richtige und falsche Wege, S. 42; Mestmäcker, Verwaltung, etc. S. 251 ff; Würdinger, Aktienrecht, 1. Aufl. 1959, S. 224; vgl. dazu Möhring, Die gesetzliche Regelung etc., in NJW 1967, S. 8

§ 117 wurde gegenüber § 101 AktG 1937 darüber hinaus in anderen Punkten geändert. Nach § 117 ist es nicht mehr erforderlich, daß ein Mitglied des Vorstandes oder des Aufsichtsrates zu gesellschaftsschädlichem Handeln veranlaßt wird; es genügt, wenn die Schädigung gegenüber einem Prokuristen oder einem Handlungsbevollmächtigten geschieht¹⁾.

Während der Täter nach § 101 AktG 1937 seinen Einfluß auf die Gesellschaft ausgenutzt haben mußte, erfordert § 117 die "Benutzung des Einflusses auf die Gesellschaft." Schlegelberger-Quassowski²⁾ waren der Auffassung, daß durch die Wahl des Wortes "Ausnutzung" eine nicht einwandfreie mißbräuchliche Handlung vorliegen müsse. Nach der Begründung des Regierungsentwurfes zu § 117³⁾ sollte durch den Ausdruck "Benutzung" klargestellt werden, daß über die Einflußnahme hinaus kein anstößiges Handeln vorausgesetzt wird.

Schließlich ist auch die einengende Vorschrift entfallen, daß Zweck der Handlung die Erlangung eines gesellschaftsfremden Sondervorteils für sich oder einen anderen sein muß, und zwar, weil die Sondervorteile den für notwendig gehaltenen Haftungstatbestand in unangemessener Weise einengen würde⁴⁾. Das neue

1) Nach Obermüller-Werner-Winden, Aktienrecht S. 93, sollten dem Grundgedanken des § 117 entsprechend nur solche Handlungsbevollmächtigte in Frage kommen, die durch eine verstärkte Vertrauensstellung zur Wahrung der Gesellschaftsinteressen besonders verpflichtet und infolge der ihnen eingeräumten Vollmachten in der Lage sind, unter fremder Einflußnahme Handlungen vorzunehmen, die die Gesellschaft schädigen können.

2) Kommentar § 101 Anm. 3, S. 459

3) abgedruckt bei Kropff, S. 162

4) vgl. Begr. RegE zu § 101, abgedruckt bei Kropff, S. 163

Gesetz geht davon aus, daß jede gesellschaftsschädliche Handlung, wenn im übrigen die Voraussetzungen des § 117 vorliegen, zum Schadenersatz verpflichtet, gleichgültig, zu welchem Zweck sie erfolgt ist. Auf weitere Unterschiede zwischen der alten und der neuen Bestimmung braucht in diesem Zusammenhang nicht eingegangen zu werden.

Während § 101 AktG 1937 die einzige Bestimmung zum Schutze der Gesellschaft vor einer Beeinflussung von außen - insbesondere des herrschenden Unternehmens - zum Schaden der Gesellschaft war, sind durch die Erweiterung der entsprechenden Vorschrift des § 117 und vor allem durch die Bestimmungen der §§ 311 - 318 für das Verhältnis von tatsächlich abhängiger zu herrschender Gesellschaft eine Vielzahl von Vorschriften entstanden, die dem Schutz der Gesellschaft vor Einwirkungen von dritter Seite dienen sollen.

Die zunächst im Referentenentwurf von 1958 zum neuen Aktiengesetz¹⁾ vorgesehene Regelung zu dieser Frage hatte starken Widerspruch hervorgerufen²⁾.

Der Referentenentwurf sah in § 284 eine Erfolgshaftung des herrschenden Unternehmens, seiner Inhaber, seiner gesetzlichen

1) vgl. Referentenentwurf, S. 145, 408 ff

2) vgl. Spitzenverbände der deutschen Wirtschaft, Gemeinsame Denkschrift, S. 35 ff; Schmidt, W., Die Verfassung der Aktiengesellschaft in: Beiträge zur Aktienrechtsreform, S. 54 ff; Flume: Die abhängige Aktiengesellschaft und die Aktienrechtsreform in DB 1959, S. 191; Rautmann: Probleme aus dem Recht der Unternehmensverträge in: Beiträge zur Aktienrechtsreform, S. 192 ff; Rasch: Gewinnabführungs- und Weisungsverträge im Referentenentwurf eines Aktiengesetzes, S. 165 ff in: BB 1959, S. 168 ff

Vertreter oder Angestellten vor, die im Auftrag des herrschenden Unternehmens die abhängige Gesellschaft durch Weisungen zu einer Maßnahme der Geschäftsführung bestimmten. Durch die strenge Haftungsbestimmung hatte der Referentenentwurf versucht, das herrschende Unternehmen zum Abschluß eines Gewinnabführungs- oder Beherrschungsvertrages zu drängen¹⁾. In den dagegen geltend gemachten Bedenken hielt man die Annahme, die Wirtschaft werde sich zum Abschluß von Weisungsverträgen bereit finden, für unrealistisch. Teilweise sah man die Regelung für unzulänglich, teils für viel zu weitgehend an²⁾.

Erst der Regierungsentwurf von 1960 brachte in seinen §§ 300 ff eine Regelung, die im wesentlichen den heutigen §§ 311 ff entspricht: Besteht kein Beherrschungsvertrag, so darf das herrschende Unternehmen seinen Einfluß nicht dazu benutzen, die abhängige Gesellschaft zu einem nachteiligen Rechtsgeschäft oder einer nachteiligen Maßnahme zu veranlassen, es sei denn, die Nachteile werden ausgeglichen.

Überschreitet das herrschende Unternehmen die ihm in § 311 gesetzten Schranken und entsteht dadurch ein Schaden bei der abhängigen Gesellschaft, so haften neben dem herrschenden Unternehmen (§ 317 Abs. 1) dessen gesetzliche Vertreter, welche die Gesellschaft zu der Handlung veranlaßt haben, § 317 Abs. 3. Wie bei einem Vertragskonzern kann der Ersatzanspruch von jedem Aktionär oder Gläubiger geltend gemacht werden, §§ 317 Abs. 4, 309 Abs. 4. Darüber hinaus kann jeder Aktionär Ersatz des ihm unmittelbar entstandenen Schadens verlangen,

1) vgl. Würdinger, Aktienrecht, 1. Aufl. 1959, § 28 B I, S. 194

2) vgl. Anm. 2 Seite 14 und vor allem Gessler, Der Schutz der abhängigen Gesellschaft in: Festschrift für W. Schmidt, S. 247 ff

soweit er über den Schaden hinausgeht, der ihm durch die Schädigung der Gesellschaft mittelbar zugefügt worden ist. Neben der Haftung des herrschenden Unternehmens und seiner gesetzlichen Vertreter haften als dritte Gruppe nach § 318 die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates der abhängigen Gesellschaft selbst.

3. Die Funktion des Abhängigkeitsberichts im einzelnen

Das Verbot, der abhängigen Gesellschaft Nachteile zuzufügen, wäre für die daran Interessierten - die Gesellschaft selbst, die Gläubiger und außenstehenden Aktionäre - nicht ausreichend, wenn nicht durch eine Kontrolle die Einhaltung des Verbots gesichert wäre. Deshalb bestimmt die Vorschrift des § 312, daß der Vorstand der abhängigen Gesellschaft einen Abhängigkeitsbericht¹⁾ zu erstatten hat.

Aufgabe des Berichtes ist es einmal, der abhängigen Gesellschaft einen Überblick über die möglicherweise nachteiligen Geschäfte und Maßnahmen zu verschaffen. Der vom Vorstand erstattete Abhängigkeitsbericht ist nach § 313 vom Abschlußprüfer zu prüfen und dem Aufsichtsrat mit dem Prüfungsbericht des Abschlußprüfers vorzulegen, der ihn gleichfalls zu prüfen und im Geschäftsbericht über das Ergebnis der Prüfung zu berichten hat.

¹⁾ Nach der Begründung des Regierungsentwurfs (vor § 291, abgedruckt bei Kropff, S. 375) zwingen die entgegen der ursprünglichen Fassung des Entwurfs gemilderten Haftungsbestimmungen dazu, die abhängige Gesellschaft durch eine verstärkte Offenlegung und Prüfung ihrer Konzernbeziehungen vor Nachteilen zu schützen.

Sinn und Zweck des Berichts ist es also, die Unternehmensführung der abhängigen Gesellschaft in bestimmten Abständen¹⁾ zur Rechenschaft über die Geschäftsbeziehungen zu dem herrschenden Unternehmen heranzuziehen²⁾. Die Organe sollen veranlaßt werden, ungeachtet der Abhängigkeit dafür zu sorgen, daß die abhängige Gesellschaft wie eine unabhängige geführt wird. Die Institution des Abhängigkeitsberichts ist damit nicht nur eine Sicherung der abhängigen Gesellschaft, sondern auch eine Stärkung der Stellung ihrer Organe gegenüber den Organen des herrschenden Unternehmens.

Die Berichtspflicht in Verbindung mit dem Testat des Abschlußprüfers erleichtert dem Vorstand den Widerstand gegen das herrschende Unternehmen, Geschäfte oder Maßnahmen vorzunehmen oder zu unterlassen, die den Interessen seiner Gesellschaft widersprechen. Er kann dadurch die Interessen seiner Gesellschaft besser wahren.

Eng damit verbunden ist die Aufgabe des Abhängigkeitsberichts, als Kontrollfunktion zu dienen. Bei jedem Rechtsgeschäft und jeder Maßnahme zwischen der abhängigen Gesellschaft und dem herrschenden Unternehmen oder einem mit diesem verbundenen Unternehmen muß sich der Vorstand darüber klar sein, daß er

1) jährlich, vgl. § 312 Abs. 1 Satz 1

2) vgl. auch Flume, in: Grundfragen, S. 45; in: Zur großen Aktienrechtsreform, S. 73; Das Problem, daß die abhängige Gesellschaft ungeachtet ihrer Abhängigkeit nach ihrem eigenen Interesse geführt wird, sieht - nach Flume - das Aktienrecht also als menschliches Problem an: Unter der Verantwortung von Vorstand, Aufsichtsrat und Wirtschaftsprüfer soll Rechenschaft gelegt werden. Wenn sämtliche Organe versagen, sei der Rechenschaftsbericht selbstverständlich nichts wert.

das Geschäft bzw. die Maßnahme in den Abhängigkeitsbericht aufnehmen muß¹⁾, und daß ein nachteiliges Geschäft auszugleichen ist²⁾). Falls er der Ansicht ist, daß sich ein Geschäft nachteilig auswirken wird und ein Ausgleich nicht zu erwarten ist, wird der Vorstand unter dem Druck der Berichtserstattungspflicht in manchen Fällen von der Durchführung des Geschäftes absehen.

Die Funktion des Abhängigkeitsberichts ist es also weiterhin, zu gewährleisten, daß die abhängige Gesellschaft trotz ihrer Abhängigkeit nach ihren Eigeninteressen geführt wird und damit die Gefahren der Abhängigkeit gebannt werden³⁾.

Um zu gewährleisten, daß sich die Führung der abhängigen Gesellschaft nach dem eigenen Interesse richtet, bedarf der Bericht einer Kontrolle, und zwar neben der Kontrolle des Aufsichtsrates der Kontrolle durch einen außenstehenden Dritten. Das Aktiengesetz sieht hierfür den Abschlußprüfer vor. Wie den Geschäftsbericht⁴⁾ hat der Abschlußprüfer auch den Abhängigkeitsbericht - soweit sich keine Einwendungen ergeben - mit einem Bestätigungsvermerk zu versehen⁵⁾. Ist der Abhängigkeitsbericht allerdings unvollständig, oder werden Einwendungen von dem Abschlußprüfer erhoben, so ist der Bestätigungsvermerk einzuschränken oder zu verweigern⁶⁾.

1) vgl. im einzelnen S. 52 ff

2) vgl. im einzelnen S. 73 ff

3) vgl. auch Flume, in: Grundfragen, S. 43

4) § 166 Abs. 1

5) § 313 Abs. 3

6) § 313 Abs. 4 Satz 1

Dem Bestätigungsvermerk kommt eine besondere Bedeutung zu; denn der Abhängigkeitsbericht hat nur dann einen Sinn, wenn er konkret über die Abhängigkeitsverhältnisse Auskunft gibt¹⁾. Unter dieser Bedingung müssen die Geschäftsbeziehungen zum herrschenden und diesem verbundenen Unternehmen bis ins einzelne dargelegt werden. Dann ist er aber mit solchen Einzelheiten der Geschäftsführung erfüllt, daß man ihn - wenn man Nachteile für die beteiligten Gesellschaften verhindern will - nicht der Öffentlichkeit unterbreiten kann²⁾. Für die Öffentlichkeit ist lediglich die Schlußerklärung des Vorstandes nach § 312 Abs. 3 und das abschließende Ergebnis der Überprüfung des Berichts durch den Abschlußprüfer und den Aufsichtsrat bestimmt³⁾.

Da aber der Abhängigkeitsbericht auch ein Schutz für die außenstehenden Aktionäre gegen die Auswirkung der Leitungsmacht des herrschenden Unternehmens und gegen die einseitige Einflußnahme durch den Großaktionär sein soll⁴⁾, kann jeder Aktionär eine Sonderprüfung der Geschäftsbeziehungen zu dem herrschenden Unternehmen verlangen, wenn der Abschlußprüfer seinen Bestätigungsvermerk einschränkt oder ihn verweigert⁵⁾. Das gleiche gilt, wenn der Aufsichtsrat Einwendungen erhebt, oder der Vorstand selbst über Benachteiligungen der Gesellschaft berichtet⁶⁾.

1) vgl. Flume, Die abhängige Aktiengesellschaft etc.,
in: DB 1959, S. 191

2) vgl. im einzelnen Godin-Wilhelmi, § 312, Anm. 1, S. 1638 f

3) vgl. den Wortlaut von § 314 Abs. 2

4) vgl. Kropff, in: Wirtschaftsprüfung im neuen Aktienrecht
S. 128

5) § 315 Abs. 1 Nr. 1

6) § 315 Abs. 1 Nr. 2 und 3

II. Inhalt und Ausführlichkeit des Abhängigkeitsberichts nach § 312

Es wird in den Abschnitten II. und III. eine Trennung zwischen dem nach § 312 in den ersten drei Monaten nach Ablauf eines Geschäftsjahres aufzustellenden Abhängigkeitsbericht einerseits sowie andererseits der internen Erfassung der berichtspflichtigen Tatbestände während eines Geschäftsjahres im Sinne einer Sammlung von prüfungsfähigen Belegen und Nachweisen vorgenommen.

1.) Kreis der mit einer abhängigen Gesellschaft verbundenen Unternehmen

Nach § 312 Abs. 1 hat der Vorstand einer abhängigen Gesellschaft einen Bericht über die Beziehungen der Gesellschaft zu den mit ihr "verbundenen" Unternehmen aufzustellen.

Zur Abgrenzung des Umfangs der berichtspflichtigen Tatbestände ist zunächst der Kreis der mit einer abhängigen Gesellschaft verbundenen Unternehmen abzustecken und das Abhängigkeitsverhältnis im Sinne von §§ 311 ff festzustellen. Es stellt sich die Frage nach der Erläuterung der Begriffseinheit "verbundene Unternehmen".

Das Konzernrecht im neuen Aktienrecht wird im wesentlichen unter dem Titel "verbundene Unternehmen" im dritten Buch des Aktiengesetzes in den §§ 291 - 338 geregelt, nachdem bereits im ersten Buch in den §§ 15 - 19 die hierfür maßgebenden Begriffsbestimmungen festgelegt worden sind. Darüber hinaus sind auch an anderen Stellen des Gesetzes Bestimmungen über verbundene Unternehmungen getroffen¹⁾, die jedoch für die Einzelgesellschaft gelten und hier nicht erörtert werden.

¹⁾ u.a. §§ 90 Abs. 1 Satz 2; 115 Abs. 3 Satz 2; 131 Abs. 1 Satz 2; Abs. 3 Nr. 1; 143 Abs. 2 Nr. 2 und 3, Abs. 3 Nr. 1; 145 Abs. 4; außerdem verschiedene Bestimmungen der Rechnungslegung

In dieser Arbeit kann ferner nicht auf die vielfältigen Probleme des Rechts der verbundenen Unternehmen eingegangen werden, die über den Rahmen der Bestimmungen für den Abhängigkeitsbericht hinausgehen. Für die weitere Untersuchung ist jedoch die Kenntnis der im Aktiengesetz geregelten Arten von Unternehmensverbindungen notwendig. Sie werden daher nachstehend in kurzer Form erläutert.

Der Begriff des Unternehmens wird im Aktiengesetz nicht erläutert; der Gesetzgeber hat davon "angesichts der großen praktischen Schwierigkeiten" abgesehen¹⁾. Das Unternehmen im Sinne des § 15 muß rechtlich selbständig sein, gleichgültig in welcher Rechtsform. Nach Rautmann²⁾ steht es außer Zweifel, daß der Begriff im Sinne einer gewerblichen - nicht nur handelsgewerblichen - Tätigkeit anzusehen ist, so wie ihn das Handelsgesetzbuch in § 2 verwendet, welches in den §§ 178 ff vor Gültigkeit des Aktiengesetzes von 1937 auch das Aktienrecht regelte³⁾.

Der Unternehmensbegriff dürfte jedoch weit zu fassen sein. Bei der Frage, ob ein Unternehmen vorliegt, sollte von der Funktion⁴⁾ der gesetzlichen Vorschriften ausgegangen werden, die den Begriff des Unternehmens gebrauchen. Die verschiedenen Bestimmungen handelsrechtlicher Vorschriften sprechen die Unternehmen in ihren verschiedenen Funktionen an. Das Recht der verbundenen Unternehmen im neuen Aktiengesetz hat zum Ziel, den durch die Abhängigkeit hervorgerufenen tatsächlichen

1) vgl. Begr. RegE zu § 15, S. 99

2) in: Beiträge zur Aktienrechtsreform, S. 165

3) so auch Godin-Wilhelmi, § 15, Anm. 2

4) Unternehmen = Träger einer unternehmerischen Planungs- oder Entscheidungsgewalt

und rechtlichen Änderungen der gesellschaftsrechtlichen Stellung der Unternehmen vorzubeugen. Es liegt deshalb nahe, im Konzernrecht den Begriff des Unternehmens als die Wirtschaftseinheit zu bezeichnen, mit der eine natürliche oder juristische Person oder Personengruppe am Wirtschaftsleben teilnimmt und unternehmerische Interessen verfolgt. Danach liegen die begriffsbildenden Merkmale weniger in dem Unternehmen als Institution, als vielmehr in der Art seiner Beziehungen zu einer anderen Gesellschaft. Sobald also ein Dritter als Träger eines wirtschaftlichen Gebildes Forderungen begründen und Verbindlichkeiten eingehen und eine Gesellschaft "marktstrategisch"¹⁾ beeinflussen kann, ist naheliegend, diesen Dritten als Unternehmen anzusehen. Wenn eine Beeinträchtigung des Gläubiger- und Minderheitenschutzes nicht denkbar ist, wenn sich der Mehrheitsaktionär also lediglich auf die Verfolgung der Interessen eines reinen Anlageaktionärs beschränkt, liegt ein Unternehmen im Sinne des Rechts der verbundenen Unternehmen nicht vor.

Auch in der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur wird häufig unter "Unternehmung" oder "Unternehmen" ein abstrakter Funktionszusammenhang verstanden²⁾, der - rechtlich gesehen - den Gegenstand der Gesellschaft definiert. Ob aber die Funktion des Dritten als eine am Wirtschaftsleben teilnehmende Instanz für den Unternehmensbegriff immer ausreicht, ist zweifelhaft. Eine ausführliche Erörterung des aktienrechtlichen Unternehmensbegriffs würde den Rahmen der gestellten Aufgabe jedoch überschreiten. Nach überwiegender Auffassung der rechtswissenschaftlichen Literatur gebraucht das Aktiengesetz den Unternehmensbegriff im institutionellen Sinne³⁾, d.h. in Bezug auf die Gesellschaft selbst als

1) vgl. Möhring, Die gesetzliche Regelung etc., in: NJW 1967, S. 1

2) vgl. Kosiol, in: Handwörterbuch der Betriebswirtschaft, Spalte 5540 ff; Grochla, Unternehmung und Betrieb in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften S. 583 ff

3) für alle Rasch, Deutsches Konzernrecht S. 24; vgl. auch Anm. 1 S. 23

soziales Gebilde. Folgerichtig sei im Gesetz auch immer vom "Betrieb des Unternehmens" die Rede, wenn der Gegenstand der Gesellschaft gemeint sei¹⁾.

Die Arten der verbundenen Unternehmen lassen sich in drei Gruppen teilen:

Faktische Unternehmensverbindungen,
vertragliche Unternehmensverbindungen und
institutionelle Unternehmensverbindungen²⁾.

Das Aktiengesetz von 1965 teilt die Unternehmensverbindungen danach auf, ob die Verbindung durch Rechtsakt festgelegt worden ist oder nicht. Die durch Rechtsakt verbundenen Unternehmen sind zu unterscheiden, ob sie durch Vertrag (§§ 291, 292) oder durch Eingliederung (§ 319) verbunden sind³⁾.

1) Eine Vertiefung des Problems in dieser Arbeit ist nicht erforderlich. Nach Kropff, Das Konzernrecht des Aktiengesetzes 1965, in: BB 1965, S. 1285, ist der Aktionär, der aufgrund seines Aktienbesitzes mehrere Gesellschaften beherrscht und in ihrer Unternehmenspolitik koordiniert, wegen der von ihm ausgeübten Leitungsmacht als Unternehmen anzusehen. Kropff neigt somit auch der funktionellen Betrachtungsweise zu. Ähnlich Möhring, Die gesetzliche Regelung etc., in: NJW 1967, S. 1; auch Köhler, Betrieb und Unternehmen in wirtschaftsverfassungsrechtlicher Sicht in JZ 1953, S. 718. Dazu Havermann, Die verbundenen Unternehmen, in: Wpg 1966, S. 32 und Leo, Die Einmann-AG in: Die AG 1965, S. 353; vgl. auch Wilhelmi, Das neue Aktiengesetz, in: Die AG 1965, S. 247; Gessler, Das neue Aktienrecht, in: BB 1965, S. 677; Würdinger, Aktien- und Konzernrecht, S. 261 ff.

2) Rasch, Konzernrecht, S. 40 ff und S. 71 ff unterscheidet zwischen einer Zusammenfassung von Unternehmen durch Beteiligung und einer durch Unternehmensvertrag; ähnlich Mestnacker, Verwaltung etc., der zwischen Beteiligungskonzern, S. 113 ff, und Vertragskonzern, S. 117 ff, unterscheidet.

3) vgl. im einzelnen, Flume, Grundfragen der Aktienrechtsreform, S. 42 f

a) Faktische Unternehmensverbindungen

Das in Mehrheitsbesitz stehende und das mit Mehrheit beteiligte Unternehmen, § 16

Die Mehrheitsbeteiligung¹⁾ kann sowohl durch Kapital- als auch durch Stimmenmehrheit gegeben sein, wobei dem mit Mehrheit beteiligten Unternehmen die Anteile zugerechnet werden, die einem von ihm abhängigen gehören, oder die durch Dritte für Rechnung des mit Mehrheit beteiligten Unternehmens oder für Rechnung eines von ihm abhängigen Unternehmens erworben worden sind²⁾.

Abhängige und herrschende Unternehmen, § 17

Ein Abhängigkeitsverhältnis liegt vor, wenn das herrschende Unternehmen auf das abhängige Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen herrschenden Einfluß ausüben kann³⁾. Zur Begründung eines Abhängigkeitsverhältnisses genügt bereits die Möglichkeit einer Einflußnahme seitens des herrschenden Unternehmens⁴⁾. Die Abhängigkeit kann in rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnissen begründet sein. Sie besteht im faktischen Verbund zwingend, wenn das herrschende

¹⁾ Da der Begriff Mehrheit nicht näher erläutert wird, ist davon auszugehen, daß die einfache Mehrheit genügt.

²⁾ vgl. im einzelnen Havermann, Die verbundenen Unternehmen in Wpg 1966, S. 34; Würdinger, Aktien- und Konzernrecht S. 268 ff

³⁾ so schon der Grundgedanke des Reichsgerichts vom 21.4.1941 in RGZ 167, S. 40 ff/49 f. Nach Godin-Wilhelmi, § 17 Anm. 2, liegt ein beherrschender Einfluß vor, wenn ein Unternehmen ein anderes veranlassen kann, sich seinem Willen zu fügen. Vgl. auch A. Meier, Der Abhängigkeitsbericht unter betriebswirtschaftlichen Aspekten in: Wirtschaftsprüfung S. 84

⁴⁾ vgl. Begr. RegE zu § 17, abgedruckt bei Kropff S. 31

Unternehmen nach dem Gesamtbild der rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse eine so starke Machtposition innehat, daß es jederzeit auf das abhängige Unternehmen nachhaltig und in wesentlichem Umfang einwirken kann. Der Gesetzgeber hat bewußt darauf verzichtet, mögliche Grundlagen eines Beherrschungsverhältnisses zu erwähnen, weil eine abschließende Aufzählung aller Grundlagen sich als unmöglich erwiesen hat¹⁾. Die tatsächliche Beherrschungsmöglichkeit wird gewöhnlich auf finanzieller, wirtschaftlicher oder personeller Einflußnahme beruhen²⁾. In der Praxis überwiegt der Einfluß auf eine abhängige Gesellschaft durch die Organe der Gesellschaft. Das herrschende Unternehmen delegiert Vertrauenspersonen in die Organe einer abhängigen Gesellschaft, um auf diese Weise die Geschäftsführung der betreffenden Gesellschaft zu beeinflussen. Auf diese Weise werden Abhängigkeitsverhältnisse gefestigt oder auch erst begründet. Geschäftsbeziehungen zwischen zwei Unternehmen, die sich etwa aus einem Lieferungs- und Leistungsverkehr oder aus Kreditgewährungen im üblichen Rahmen ergeben, können ein Abhängigkeitsverhältnis im Sinne dieser Vorschriften nur dann begründen, wenn ein Unternehmen dadurch gleichzeitig in erheblichem Maß seine Willens- und Handlungsfreiheit einbüßt³⁾.

1) Im Gegensatz zu § 15 Abs. 2 AktG 1937 führt das Gesetz nicht mehr die Beteiligung als Beispiel an, jedoch ist die Beteiligung meistens die Grundlage für die Ausübung eines herrschenden Einflusses. Vgl. Begr. RegE zu § 16, S. 100, vgl. auch Möhring, Die gesetzliche Regelung etc. in NJW 1967, S. 2

2) vgl. Meier a.a.O., S. 86

3) Institut der Wirtschaftsprüfer, Ergänzende Vorschläge zur Aktienrechtsreform, S. 23

Derartige Abhängigkeitsverhältnisse - und die zwingend vorliegenden Abhängigkeiten innerhalb eines Beherrschungsvertrages und des Rechtsinstituts der Eingliederung, die den vertraglichen Unternehmensverbindungen zuzuordnen sind - kann man auch als primäre Abhängigkeitsverhältnisse bezeichnen. Bei ihnen liegt die Abhängigkeit bereits in der Art des Verbundes begründet.

Die folgende Gruppe umfaßt dagegen Abhängigkeitsverhältnisse sekundärer Natur¹⁾. Es handelt sich um Unternehmensverbindungen, die nur unter bestimmten Voraussetzungen ein Abhängigkeitsverhältnis begründen.

Von einem in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmen wird lediglich vermutet, daß es von dem mit Mehrheit beteiligten Unternehmen abhängig ist, § 17 Abs. 2. Der Beweis, daß es sich um kein abhängiges Unternehmen handelt, obliegt dem mit Mehrheit beteiligten Unternehmen. Es hängt von dem Gesamtbild der Beziehungen zwischen zwei Unternehmen ab, ob eine Mehrheitsbeteiligung tatsächlich einen beherrschenden Einfluß gewährt. Die Vermutung der Abhängigkeit kann man u.U. verneinen, wenn die Möglichkeit der Einflußnahme auf die entscheidenden Entschlüsse der Geschäftsführung fehlt²⁾.

¹⁾ Havermann, in Wpg 1966, S. 38 spricht hier von einer mittelbaren, Kropff, in BB 1965, S. 1284 von einer mehrstufigen Abhängigkeit

²⁾ vgl. Meier, a.a.O., S. 85

Es müssen jedoch immer vertragliche Abreden vorliegen, um den auf Grund einer Mehrheitsbeteiligung an sich bestehenden beherrschenden Einfluß auszuschließen¹⁾. Die Voraussetzung der Abhängigkeit bei Kapitalmehrheit ließe sich z.B. durch Satzungsbestimmungen widerlegen. Durch Satzungsbestimmungen über Höchststimmrechte, stimmrechtslose Vorzugsaktien auf seiten der Mehrheitsaktionäre oder Mehrstimmrechte nach § 12 auf seiten der Minderheitsaktionäre kann sich der mit Mehrheit beteiligte Gesellschafter seiner Mehrheitsrechte begeben. Denkbar für den Ausschluß des an sich beherrschenden Einflusses sind weiterhin Stimmrechtsbindungsverträge der Aktionäre untereinander²⁾. Die Verträge müssen vor allem den beherrschenden Einfluß auf die Besetzung der Organe der in Mehrheitsbesitz stehenden Gesellschaft ausschließen³⁾. Mit Wortlaut und Sinn der Verträge muß die tatsächliche Handhabung übereinstimmen.

Diese Vermutung der Abhängigkeit befindet sich erstmals in § 16 Abs. 2 des Berichts des Rechtsausschusses⁴⁾. Nach dem Referentenentwurf und dem Regierungsentwurf⁵⁾ galt hingegen das in Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen kraft

1) Gessler in DB 1965, S. 1695; vgl. auch v. Godin-Wilhelmi, § 17 Anm. 2, S. 71 f; Die fehlende Einflußmöglichkeit auf die Geschäftsführung braucht jedoch nicht in jedem Fall die Vermutung der Abhängigkeit zu widerlegen.

2) vgl. Godin-Wilhelmi, S. 17 Anm. 2, S. 72; Möhring in NJW 1967, S. 3

3) vgl. S. 25

4) Bundesdrucksache IV, S. 3296; Drucksache zur 2. Lesung des Gesetzes

5) vgl. Rechtsausschußbericht zu § 16, abgedruckt bei Kropff, S. 28

Fiktion als abhängig. Ob die nur in § 17 Abs. 2 aufgenommene widerlegbare Vermutung der Abhängigkeit sinnvoll ist, wird die Anwendung dieser Bestimmung in Zukunft lehren. Die wenigen Ausnahmefälle, die als Begründung für die Änderung der entsprechenden Bestimmung des Referenten- und Regierungsentwurfs dienten¹⁾, rufen für den Regelfall die Gefahr des Mißbrauchs hervor. Dabei liegt die Gefahr viel weniger in der Frage begründet, ob es sich hier um ein Konzernunternehmen handelt oder nicht; weit wichtiger ist die Frage der Abhängigkeit im Hinblick auf die Bestimmungen über den Abhängigkeitsbericht.

Wechselseitig beteiligte Unternehmen sind grundsätzlich nicht voneinander abhängig. Gehört jedoch einem wechselseitig beteiligten Unternehmen eine Mehrheitsbeteiligung an einem anderen Unternehmen oder gehört jedem der wechselseitig beteiligten Unternehmen eine Mehrheitsbeteiligung an anderen Unternehmen, so liegt im ersten Fall unwiderlegbar ein Beherrschungs- und Abhängigkeitsverhältnis vor, im zweiten Fall gelten beide Unternehmen unwiderlegbar als herrschend und als abhängig. Dasselbe gilt, wenn wechselseitig beteiligte Unternehmen einseitig oder beidseitig durch sonstige Rechtsverhältnisse einen beherrschenden Einfluß ausüben können, § 19 Abs. 1 u. 2.

¹⁾ Es "wurde der Fall genannt, daß die Kapitalmehrheit zu einem erheblichen Teil aus Vorzugsaktien ohne Stimmrecht besteht. Vor allem dachte man an den Fall, daß ein mit Mehrheit beteiligtes Unternehmen sich im Verhältnis zu anderen Gesellschaften vertraglich verpflichtet, die Verwaltungsrechte nur aus einem Teil seiner Aktien auszuüben" (Rechtsausschußbericht, abgedruckt bei Kropff, S. 28); vgl. auch Kropff, Das Konzernrecht des Aktiengesetzes 1965 in BB 1965, S. 1284

Konzern und Konzernunternehmen, § 18

Die Einordnung der Begriffsbestimmungen des Konzerns und des Konzernunternehmens unter die Legaldefinition der verbundenen Unternehmen im ersten Buch des Aktiengesetzes erscheint etwas unglücklich, da der Konzern - im Gegensatz zu den übrigen Unternehmensverbindungen nach § 15 - grundsätzlich nicht als Unternehmensverbund bestimmt werden kann. Der Gesetzgeber unterstellt in § 18 lediglich verschiedene Arten von Unternehmensverbindungen unter die Kriterien "Abhängigkeit" oder "Unabhängigkeit" und "einheitliche Leitung". Damit wird jedoch nur die Intensität eines Unternehmensverbundes, nicht jedoch eine neue faktische oder vertragliche Unternehmensverbindung bestimmt.

Aus den Vorschriften des § 18 hebt sich folgende Auslegung des Konzernbegriffs heraus:

- (a) Ein Konzern ist die Zusammenfassung miteinander verbundener, rechtlich selbständiger Unternehmen unter einheitlicher Leitung; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen.
- (b) Sind die Unternehmen derartig miteinander verbunden, daß ein oder mehrere Unternehmen unter dem beherrschenden Einfluß eines anderen Unternehmens stehen, so liegt ein Unterordnungskonzern nach § 18 Abs. 1 vor.
- (c) Sind die Unternehmen miteinander verbunden, ohne daß das eine Unternehmen von dem anderen Unternehmen abhängig ist, so besteht ein Gleichordnungskonzern gemäß § 18 Abs. 2.

Die Merkmale des Konzernbegriffs sind in der Literatur¹⁾ umfassend behandelt worden. Im Rahmen dieser Arbeit kann auf die verschiedenen, zum Teil unterschiedlichen Begriffsbestimmungen nicht näher eingegangen werden.

Das entscheidende Merkmal des Konzerns nach § 18 ist die einheitliche Leitung und zwar unabhängig von anderen unmittelbaren Bindungen. Sie ist letztlich das ausschlaggebende Kriterium für die Frage, ob ein Konzernverhältnis vorliegt oder nicht. Die Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung setzt - im Gegensatz zum Beherrschungsverhältnis - grundsätzlich voraus, daß der beherrschende Einfluß tatsächlich ausgeübt wird²⁾. Ein Konzern setzt also ein Abhängigkeitsverhältnis nach § 16 nicht voraus.

Für den Unterordnungskonzern lassen sich aus den gesetzlichen Bestimmungen zwei Gruppen ableiten:

1. Die Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung wird zwingend vermutet, wenn die abhängige Gesellschaft auf Grund eines Beherrschungsvertrages beherrscht wird oder wenn sie in die herrschende Gesellschaft eingliedert ist. In beiden Fällen kann das herrschende Unternehmen dem Vorstand der abhängigen Gesellschaft

¹⁾ Möhring, Die gesetzliche Regelung, in: NJW 1967, S. 2 f. Würdinger, Aktien- und Konzernrecht, S. 274 ff; Flume in: Zur großen Aktienrechtsreform, S. 67 f; Schuhmann, Konzernabschluß S. 13 ff; Edelkott, Der Konzernabschluß in Deutschland, S. 10 ff; Koberstein, Das Rechnungswesen des Konzerns, S. 17 ff; Rasch, Konzernrecht S. 35 ff; Schmalenbach, Die Beteiligungsfinanzierung, S. 182; Bühler, Steuerrecht der Gesellschaften und Konzerne, S. 242 f und 253 ff;

²⁾ vgl. Obermüller-Werner-Winden, Aktiengesetz 1965, S. 171; Semler jr., Das Recht der verbundenen Unternehmen in Wpg 1960, S. 552; Begr. RegE zu § 17 abgedruckt bei Kropff, S. 31

unbeschränkt Weisungen erteilen, d.h. das unterstellte und das eingegliederte Unternehmen gelten zwingend als Konzernunternehmen, § 18 Abs. 1 Satz 2. Das in der Natur des Beherrschungsvertrages und des Rechtsinstituts der Eingliederung begründete Weisungsrecht bindet auch dann, wenn von ihm kein Gebrauch gemacht wird¹⁾).

2. Von einem abhängigen Unternehmen wird dagegen widerlegbar vermutet, daß es unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens steht und mit ihm einen Konzern bildet, d.h. Konzernunternehmen ist, § 18 Abs. 1 Satz 3. Der Beweis, daß das abhängige Unternehmen kein Konzernunternehmen ist, obliegt grundsätzlich dem herrschenden Unternehmen. Allerdings wird dieser Beweis sehr schwer fallen, da der Begriff der einheitlichen Leitung sehr weit zu fassen ist²⁾).

Ist jedoch ein abhängiges Unternehmen unter der einheitlichen Leitung eines herrschenden Unternehmens zusammengefaßt, und wird der herrschende Einfluß tatsächlich ausgeübt, so ist das abhängige Unternehmen unwiderlegbar ein Konzernunternehmen, § 18 Abs. 1 Satz 1. Das wird in der Regel der Fall sein.

¹⁾ vgl. Begr. RegE zu § 17, a.a.O

²⁾ dazu Schlegelberger-Quassowski, S. 15 Anm. 8, S. 147 ff, Die Bestimmung § 18 Abs. 1 Satz 3 ändert das bisher geltende Recht, nach dem gem. § 15 Abs. 2 AktG 1937 das Bestehen eines Konzerns zwischen herrschenden und abhängigen Unternehmen unwiderlegbar vermutet wurde

Übereinstimmend mit dem Aktiengesetz von 1937 (§ 15 Abs.1) sieht auch das Aktiengesetz von 1965 davon ab, Vorschriften über das Ausmaß und die Form der einheitlichen Leitung zu geben¹⁾. Bisher war es streitig²⁾, welches Ausmaß und welche Form die einheitliche Leitung im Sinne des Konzernrechts haben müsse. Zum Teil wurde der Standpunkt vertreten, diese Leitung müsse alle irgendwie wesentlichen Bereiche der unternehmerischen Tätigkeit erfassen und setze voraus, daß das herrschende Unternehmen durch unmittelbare Weisungen in die Geschäftsführung der Gesellschaft eingreife³⁾ oder hierzu zumindest befugt sei. Die Begründung zum Regierungsentwurf des neuen Aktiengesetzes⁴⁾ ist dieser Auffassung entgegengetreten und hat zum Ausdruck gebracht, der Begriff sei nicht zu eng auszuliegen und als Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung müsse es bereits angesehen werden, wenn die Konzernleitung die Geschäftspolitik der Konzerngesellschaften und grundsätzliche Fragen ihrer Geschäftsführung aufeinander abstimme. Wörtlich ist dort weiter gesagt: "Diese Abstimmung setzt kein Weisungsrecht voraus. Sie kann sich vielmehr auch in lockerer Form gemeinsamer Beratungen vollziehen ..."5).

1) vgl. im Einzelnen Rasch, Konzernrecht, S. 53 f, Semler jr. Das Recht der verbundenen Unternehmen in: Wpg 1966, S. 487, Möhring in: NJW 1967, S. 2

2) vgl. Begr. RegE zu § 18, abgedruckt bei Kropff, S. 33

3) Schmidt-Meyer-Landrut in: Großkomm., § 15 Anm. 2; vgl. auch Gessler, Probleme des Konzernrechts in: DB 1965, S. 1692; Hardach in: Zeitschrift für Handelswissenschaftliche Forschung, 1961, S. 724

4) abgedruckt bei Kropff, S. 33

5) ähnlich: Würdinger, Aktien- und Konzernrecht, S. 276; Godin-Wilhelmi, S. 311, Anm. 2; vgl. auch Havermann in: Wpg 1966, S. 66ff; Gessler in: DB 1965, S. 1692

Wechselseitig beteiligte Unternehmen, § 19

Eine wechselseitige Beteiligung liegt vor, wenn zwei Unternehmen mit Sitz im Inland in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft oder bergrechtlichen Gewerkschaft gegenseitig aneinander mit mehr als 25 % beteiligt sind¹⁾).

b) Vertragliche Unternehmensverbindungen²⁾

Als verbundene Unternehmen gelten ferner Unternehmen, die Vertragsparteien eines Unternehmensvertrages sind, § 15. Die Unternehmensverträge lassen sich wegen ihrer Rechtsfolgen in zwei Gruppen zusammenfassen, die gesellschaftsrechtlichen und die schuldrechtlichen Verträge³⁾).

Gesellschaftsrechtliche Verträge, § 291

1. Der Beherrschungsvertrag

Durch den Beherrschungsvertrag unterstellt eine Aktiengesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft auf Aktien die Leitung ihrer Gesellschaft einem anderen Unternehmen. Im Gegensatz zu den Unternehmensverträgen des § 292, deren

¹⁾ vgl. darüber: Boesebeck, Stimmrecht bei wechselseitiger Verflechtung zweier Aktiengesellschaften in: DB 1955, S. 401
Hefermehl, Ausübung des Stimmrechts bei wechselseitiger Verflechtung zweier Aktiengesellschaften in: DB 1955, S. 304; Kropff, Die wechselseitige Beteiligung nach dem Entwurf eines Aktiengesetzes in: DB 1959, S. 15; Würdinger, Aktien- und Konzernrecht, S. 278 ff; Rasch in: Richtige und falsche Wege, S. 47 f

²⁾ dazu im einzelnen Würdinger, Aktien- und Konzernrecht, S. 302 ff, Gessler, Probleme des Aktienrechts in: DB 1965, S. 1692 ff; Wilhelmi, Das neue Aktiengesetz in: Die AG, 1965 S. 277 ff

³⁾ vgl. Flume in: zur großen Aktienrechtsreform, S. 71

Inhalt hauptsächlich auf den Austausch von Leistung und Gegenleistung ausgerichtet ist, hat der Beherrschungsvertrag wegen seiner grundlegenden und weitreichenden Einflußmöglichkeit auf das beherrschte Unternehmen Satzungsähnlichkeit¹⁾). In seiner Funktion, einerseits umfassende Leitungsmacht zu begründen, andererseits die Gläubiger und Aktionäre gegen Gefahren zu sichern, ist die Bezeichnung als "Vertrag" irreführend. Die Begründung zum Regierungsentwurf²⁾ läßt allerdings dahingestellt, ob dem Beherrschungsvertrag "über die Wirkung eines schuldrechtlichen Vertrages hinaus die Natur eines Organisationsvertrages, einer Satzung, zuzusprechen" sei. In der Begründung wird jedoch betont, die Verträge des § 291 als rechtliche Konzerngrundlage griffen in die Verfassung der Aktiengesellschaft selbst ein.

Anders als bei einem Konzernverhältnis, das die Zusammenfassung von einem oder mehreren Unternehmen unter einheitlicher Leitung und die tatsächliche Ausübung dieser Leitung voraussetzt, wird diese Voraussetzung für den Beherrschungsvertrag nicht gefordert. Das herrschende Unternehmen ist

¹⁾ vgl. Müller, Die Rechtsnatur von Beherrschungsvertrag etc. in: Die AG 1965, S. 133 ff; Stehle, Abhängigkeitsbericht oder Beherrschungsvertrag in: Die AG 1966, S. 235; Kropff, Das Konzernrecht des Aktiengesetzes 1965 in: BB 1965, S. 1287

²⁾ abgedruckt bei Kropff, S. 376

nicht verpflichtet, die Leitung tatsächlich auszuüben. Es genügt, daß sich eine Gesellschaft den Weisungsbefugnissen des Vertragspartners unterwirft¹⁾.

Jedoch wird das Bestehen einer einheitlichen Leitung nach § 18 Abs. 1, 2. Halbsatz, unwiderlegbar vermutet, wenn es sich um Unternehmen handelt, zwischen denen ein Beherrschungsvertrag besteht, oder von denen das abhängige in das herrschende Unternehmen eingegliedert ist, § 319. Das Bestehen eines Beherrschungsvertrages - bzw. einer Eingliederung - und die Ausübung der einheitlichen Leitung durch das herrschende Unternehmen müssen, wie sich hieraus ergibt, nicht immer zusammenfallen.

Für das Vorliegen eines Beherrschungsvertrages ist es nicht von Bedeutung, ob der Vertrag ausdrücklich als Beherrschungsvertrag bezeichnet ist; er muß - auch wenn er eine andere Bezeichnung trägt - als solcher eingestuft werden, wenn er inhaltlich die Merkmale eines Beherrschungsvertrages ausweist²⁾.

Das ausschlaggebende Merkmal für einen Beherrschungsvertrag ist also, daß eine Aktiengesellschaft die Leitung ihrer Gesellschaft einem anderen Unternehmen vertraglich unterstellt³⁾.

Das Gesetz versteht unter Leitungsmacht nur die vertragliche Leitungsmacht, nicht aber die tatsächliche Leitungsmacht; denn in Fällen der faktischen Unternehmensverbindung spricht das Gesetz nicht von "Leitungsmacht"; es verwendet in § 311 lediglich den Ausdruck "Schranken des Einflusses"⁴⁾.

1) vgl. dazu Würdinger, Aktienrecht 1. Aufl. S. 208, der den Beherrschungsvertrag als "Unterwerfungsvertrag" bezeichnet; Begr. RegE, abgedruckt bei Kropff, S. 403; Havermann in: Wpg 1966, S. 90. Nach § 308 Abs. 2 Satz 1 kann die Weisungsmacht jedoch vertraglich eingeengt werden.

2) vgl. Gessler in: DB 1965 S. 1693

3) vgl. im einzelnen Wilhelmi in: Die AG, S. 307

4) so Gessler in: DB 1965 S. 1729

Die Auswirkungen des Beherrschungsvertrages regeln die §§ 308 ff. Danach ist das herrschende Unternehmen berechtigt, dem Vorstand der Gesellschaft hinsichtlich der Leitung der Gesellschaft Weisungen zu erteilen, und zwar gegebenenfalls auch solche, deren Ausführung für die Gesellschaft nachteilig ist. In diesem Fall wird das Konzerninteresse über das Einzelinteresse der abhängigen Gesellschaft gestellt. Soweit entsprechend der Vorschrift des § 308 die Benachteiligung der beherrschten Gesellschaft möglich ist, entfällt die Anwendbarkeit des § 117 Abs. 1¹⁾ und auch die des § 826 BGB²⁾. Das Weisungsrecht kann jedoch nicht über die gesetzliche Vorschrift hinaus - nämlich, daß eine für die Gesellschaft nachteilige Weisung nur erteilt werden kann, wenn sie im Konzerninteresse liegt - ausgeübt werden³⁾. Auf der anderen Seite kann das Weisungsrecht durch Vertrag eingeengt sein. Es muß jedoch so weit gehen, daß tatsächlich die Leitung der Gesellschaft dem übergeordneten Unternehmen unterstellt ist. Das Weisungsrecht beschränkt sich nicht nur auf Fragen der Geschäftsführung, sondern erstreckt sich auf den Gesamtbereich, der nach § 76 Abs. 1 der Verantwortlichkeit des Vorstandes unterliegt⁴⁾. Die Weisungsbefugnis ist

1) so § 117 Abs. 7 Nr. 7

2) Würdinger, Aktien- und Konzernrecht, S. 288

3) Der Vorstand der abhängigen Gesellschaft darf jedoch die Ausführung solcher Weisungen, die nach seiner Überzeugung selbst dem Konzerninteresse widersprechen, nicht verweigern, es sei denn, daß sie offensichtlich nicht Konzernbelangen dient, § 308 Abs. 2 Satz 2. Insofern ist das Weisungsrecht aus dem Beherrschungsvertrag im Vergleich zu dem bei der Eingliederung eingeschränkt; denn der Vorstand einer eingegliederten Gesellschaft muß eine Weisung auch dann ausführen, wenn offensichtlich ist, daß sie Konzerninteressen widerspricht. Das folgt aus § 323 Abs. 1, Satz 2, wonach § 308 Abs. 2, Satz 2 nicht anwendbar ist; vgl. Würdinger, Aktien- und Konzernrecht, S. 321; aber auch Gessler in DB 1965, S. 1729 und Begr. RegE zu § 18, abgedruckt bei Kropff, S. 403

4) Havermann in: Wpg 1966, S. 90

also weit auszulegen. Der Weisungsberechtigte hat die Möglichkeit, die Grundsätze der Geschäftspolitik zu bestimmen und kann in einem Umfang, der praktisch seinem freien Ermessen unterliegt, auch in Einzelheiten die Geschäftsführungsentscheidung an sich ziehen. Zweck des Beherrschungsvertrages ist die Beseitigung der in der Sache eigenverantwortlichen Entscheidungsbefugnis des Vorstandes und zwar grundsätzlich ohne Begrenzung für die gesamte Leitung des Unternehmens. Der Beherrschungsvertrag entspricht insoweit dem aus dem Steuerrecht geläufigen Begriff der organisatorischen Eingliederung¹⁾.

Der Vorstand der beherrschten Gesellschaft ist verpflichtet, diese Weisungen zu befolgen; er ist in seiner Entscheidung nicht mehr frei. Gerade in dieser Weisungsbefugnis unterscheidet sich der Beherrschungsvertrag im rechtstechnischen Sinne von dem Konzernverhältnis. Für das Konzernverhältnis ist eine Weisungsbefugnis nicht notwendig; dem Beherrschungsvertrag wohnt es jedoch zwingend inne.

2. Der Gewinnabführungsvertrag

Er liegt vor, wenn sich eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien durch Vertrag verpflichtet, ihren gesamten Gewinn an ein anderes Unternehmen abzuführen²⁾.

Sowohl der Beherrschungsvertrag als auch der Gewinnabführungsvertrag haben für sich allein in der Praxis bisher keine besondere Bedeutung gehabt³⁾. Beide Verträge zusammen

¹⁾ vgl. folgende Seite und Würdinger, Aktien- und Konzernrecht, S. 289 f

²⁾ vgl. im einzelnen Würdinger, Aktien- und Konzernrecht S. 285; Havermann in: Wpg 1966, S. 33; Wilhelmi in: Die AG 1965, S. 250

³⁾ dazu Flume, Grundfragen etc., S. 51; Müller, Die Rechtsnatur etc., in: Die AG 1965, S. 133; Rasch, Konzernrecht, S. 72, S. 76

enthalten jedoch die Elemente des im Steuerrecht bekannten Organvertrages¹⁾). Nach § 2 Abs. 2 Ziff. 2 UStG liegt ein Organvertrag vor, "wenn eine juristische Person dem Willen eines Unternehmens derart untergeordnet ist, daß sie keinen eigenen Willen hat. Die Voraussetzung ist erfüllt, wenn sie nach dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch in sein Unternehmen eingegliedert ist²⁾".

Da es im Gesellschaftsrecht zweifelhaft ist, ob eine Aktiengesellschaft ein Organschaftsverhältnis eingehen kann - ein Teil des Schrifttums verneint dies im Hinblick auf die Pflicht des Vorstandes, die Gesellschaft eigenverantwortlich zu leiten - wurde die Übernahme des Rechtsinstituts der Organschaft in das neue Aktienrecht unterlassen³⁾).

1) Würdinger, Aktien- und Konzernrecht, gibt auf S. 298 eine umfassende Literaturübersicht für die Beurteilung von Organverträgen

2) Ähnlich § 2 Abs. 2 Ziff. 2 GewStG; auch das Körperschaftsteuerrecht kennt den Begriff der Organschaft, hat ihn jedoch gesetzlich nicht bestimmt.

3) So Begr. RegE zu § 291, abgedruckt bei Kropff, S. 376 f; zur gesellschaftsrechtlichen Problematik des Organschaftsverhältnisses vgl. Duden, Aktienrechtliche Fragen zur "Organschaft" mit einem Großaktionär in: BB 1957, S. 49; Die Diskussion über das Konzernrecht in: BB 1957, S. 1230; Ballerstedt, Die Verfassung der Aktiengesellschaft und Organschaftsvertrag in: DB 1957, S. 837; Mestmäcker, Verwaltung etc., S. 287 ff, S. 331 ff; Rasch, Konzernrecht, S. 75, Friedländer, Konzernrecht, S. 33 ff; Flume, Die abhängige Aktiengesellschaft etc., in: DB 1959, S. 195; Gessler, Das neue Aktienrecht, in: DB 1965 S. 1694

3. Der Geschäftsführungsvertrag¹⁾

Durch ihn verpflichtet sich eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien, ihr Unternehmen für Rechnung eines anderen Unternehmens zu führen. Er gilt gemäß § 291 Abs. 2 Satz 2 als Gewinnabführungsvertrag. In der Praxis ist er vollkommen bedeutungslos²⁾).

Schuldrechtliche Verträge, § 292³⁾

1. Gewinngemeinschaft

Es handelt sich um einen Vertrag, durch den sich eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien verpflichtet, den Gewinn oder den Gewinn einzelner Betriebe ganz oder zum Teil mit dem Gewinn anderer Unternehmen zur Aufteilung eines gemeinschaftlichen Gewinns zusammenzulegen.

¹⁾ Im einzelnen: Würdinger, Aktien- und Konzernrecht, S. 298, Rasch, Konzernrecht, S. 85

²⁾ Bericht über das Ergebnis einer Untersuchung der Konzentration in der Wirtschaft (Konzentrationsenquete) Anlagenband IV/2320, S. 589

³⁾ im Aktiengesetz bezeichnet als "andere Unternehmensverträge". Das Gesetz läßt die in der Rechtslehre umstrittene Frage nach der Rechtsnatur dieser Unternehmensverträge offen. Nach der Begründung zum Regierungsentwurf (abgedruckt bei Kropff, S. 378) handelt es sich in § 292 um Verträge obligatorischer Natur, die auf Austausch von Leistung und Gegenleistung gerichtet sind (so auch Wilhelmi in: Die AG 1965, S. 250). Flume (in: Die große Aktienrechtsreform, S. 73) vertritt die Ansicht, daß es sich nicht um bloße schuldrechtliche Verträge handelt, sondern tatsächlich um nichts anderes als die Ausübung einer gesellschaftsrechtlichen Machtstellung. Dem ist zuzustimmen; denn hier liegt auch der eigentliche Grund und die Berechtigung für die Regelung derartiger vertraglicher Bindungen im Bereich des Gesellschaftsrechts. Unter Gliederungsgesichtspunkten soll die oben gebrauchte Formulierung jedoch beibehalten werden, zumal sie nicht falsch ist.

Die Konzentrationsenquete 1964 hat festgestellt, daß dieser Vertragstyp in der Praxis keine Bedeutung mehr hat. Die meist in den dreißiger Jahren abgeschlossenen Verträge sind in der Zwischenzeit durch Organschaftsverträge ersetzt worden, in anderen Fällen fand eine Fusion der Gesellschaften statt¹⁾.

2. Teilgewinnabführungsvertrag

Durch den Teilgewinnabführungsvertrag verpflichtet sich eine Aktiengesellschaft, einen Teil ihres Gewinnes oder den Gewinn einzelner Betriebe an einen anderen abzuführen, § 292 Abs. 1 Nr. 2. Dieser Vertrag ist bei der Untersuchung über die Konzentration in der Wirtschaft überhaupt nicht festgestellt worden²⁾.

3. Betriebspachtvertrag und Betriebsüberlassungsvertrag³⁾

Es handelt sich um Verträge, durch die sich eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien verpflichtet, den Betrieb ihres Unternehmens einem anderen zu verpachten oder sonst zu überlassen, § 292 Abs. 1 Nr. 3. Diese beiden Vertragstypen spielen im heutigen Wirtschaftsleben noch eine Rolle, jedoch auch kaum bei Unternehmen in der Rechtsform der Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien⁴⁾.

¹⁾Konzentrationsenquete, a.a.O., S. 588

²⁾Konzentrationsenquete, a.a.O., S. 589

³⁾vgl. im einzelnen: Würdinger, Aktien- und Konzernrecht, S. 305 ff; Friedländer, Konzernrecht, S. 101 ff; Rasch, Konzernrecht, S. 85 ff

⁴⁾Konzentrationsenquete, a.a.O. S. 587 f

c) Institutionelle Unternehmensverbindungen

Innerhalb des Rechtes der verbundenen Unternehmen sieht das Aktiengesetz von 1965 ein neues Rechtsinstitut vor, die eingegliederte Gesellschaft, (§§ 319 ff¹⁾). Diese Art der Unternehmensverbindung erlaubt es, nach außen eine rechtlich selbständige Gesellschaft aufrechtzuerhalten, die im Innenverhältnis zur Hauptgesellschaft wie eine Betriebsabteilung geführt wird. Das bedeutet praktisch eine - unechte - Fusion unter Aufrechterhaltung der Rechtspersönlichkeit der eingegliederten Gesellschaft, die zur Ein-Mann-Gesellschaft der Hauptgesellschaft wird²⁾

Die Eingliederung kann erfolgen:

- a) Durch satzungsändernden Beschluß der Hauptversammlung der einzugliedernden Gesellschaft, wenn sich sämtliche Anteile der einzugliedernden Gesellschaft in der Hand der zukünftigen Hauptgesellschaft befinden. Zur Wirksamkeit des Beschlusses ist ebenfalls die Zustimmung der qualifizierten Mehrheit der Hauptversammlung der Hauptgesellschaft erforderlich, § 319;
- b) Durch Mehrheitsbeschluß der Hauptversammlung der einzugliedernden Gesellschaft, wenn sich mindestens 95 % der Anteile der einzugliedernden Gesellschaft in der Hand

¹⁾Über die Vorteile der Eingliederung gegenüber dem Beherrschungsvertrag vgl. Flume in: Die große Aktienrechtsreform, S. 71

²⁾Flume, Die große Aktienrechtsreform, S. 69; im einzelnen Rasch, Konzernrecht, S. 148 ff. Die Hauptgesellschaft muß grundsätzlich Aktiengesellschaft sein und ihren Sitz im Inland haben

der zukünftigen Hauptgesellschaft befinden. Die Minderheitsaktionäre scheiden gleichzeitig unter Gewährung einer angemessenen Abfindung aus. Zum Wirksamwerden des Beschlusses ist auch hier die Zustimmung der qualifizierten Mehrheit der Hauptversammlung der Hauptgesellschaft erforderlich, § 320¹⁾).

2.) Das Abhängigkeitsverhältnis nach §§ 311 ff

Mit der Bestimmung des Kreises der verbundenen Unternehmen kann gleichzeitig das Abhängigkeitsverhältnis nach §§ 311 ff festgestellt werden:

Herrschendes Unternehmen kann jede Gesellschaft - unabhängig von ihrer Rechtsform - sein. Abhängige Unternehmen können jedoch nur eine Aktiengesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien sein²⁾, die ihren Sitz im Inland haben³⁾).

1) Zur Eingliederung im einzelnen: vgl. Flume in: Die große Aktienrechtsreform, S. 69 f; Rasch in: Richtige und falsche Wege, S. 46 f; Möhring in: NJW 1967, S. 9 f; Würdinger, Aktien- und Konzernrecht, S. 316 ff.

2) In § 312 ist die Kommanditgesellschaft auf Aktien nicht erwähnt. In §§ 278 ff wird auf § 312 nicht verwiesen. Die Anwendung des § 312 auf die KGaA hängt davon ab, ob der persönlich haftende Gesellschafter dem Vorstand gleichgestellt werden kann, und ob die Erwähnung der KGaA in § 311 Abs. 1 auch in allen Folgevorschriften diese Rechtsform unter der Bezeichnung "abhängige Gesellschaft" mit erfaßt. Das ist wohl anzunehmen. Auch aus dem Umstand, daß nach § 408 u.a. die Vorschriften des § 407 über Ordnungsstrafen für Vorstandsmitglieder bzw. Abwickler sinngemäß auch für die persönlich haftenden Gesellschafter der KGaA gelten und daß in § 407, § 312 Abs. 1 mit aufgeführt ist, wird man folgern müssen, daß die persönlich haftenden Gesellschafter ebenfalls zur Aufstellung eines Abhängigkeitsberichts verpflichtet sind; vgl. dazu Gessler, Die Rechtsverhältnisse verbundener Unternehmen in: NB 1966, S. 198.

3) s. nächste Seite¹⁾

Das abhängige Unternehmen kann - und zum größten Teil wird es so sein, - gleichzeitig Konzernunternehmen sein²⁾).

Ein abhängiges Unternehmen hat insoweit unabhängig davon, ob es in den Konzernabschluß nach § 329 Abs. 2 einbezogen wird, einen Abhängigkeitsbericht nach § 312 zu erstatten.

Ein Abhängigkeitsbericht ist jedoch nicht zu erstatten, wenn ein Beherrschungsvertrag (§ 312 Abs. 1) besteht, da sich im Falle einer vertraglichen Bindung mit allen damit verbundenen zwingenden Folgen für den Schutz der Gläubiger und der außenstehenden Aktionäre die Sicherheitsfunktion³⁾ des Abhängigkeitsberichts erübrigt.

¹⁾ Das herrschende Unternehmen kann seinen Sitz auch im Ausland haben. Vgl. hierzu und zum folgenden Goerdeler, Zum neuen Aktienrecht, in: Wpg 1966, S. 123

²⁾ Vgl. S. 44

³⁾ Unter den Sicherungsbestimmungen für die Gläubiger steht die Pflicht, Verluste der Gesellschaft zu übernehmen (§ 362), die mittelbar eine Haftung gegenüber den Gläubigern begründet, im Vordergrund. Zum Schutze außenstehender Aktionäre sind die Ausgleichs- und Abfindungsansprüche weitgehend zwingend geregelt. Das Gesetz läßt die Wahl zwischen zwei Formen der Dividendengarantie, die den außenstehenden Aktionären anzubieten ist, § 304. Es legt auch grundsätzlich zwingend fest, daß eine Aktiengesellschaft als andere Vertragspartei als Abfindung eigene Aktien anbieten muß, § 305 Abs. 2. Ist die angebotene Dividendengarantie oder die angebotene Abfindung nicht angemessen, setzt das Gericht den vertraglich geschuldeten Ausgleich fest.

Der Abhängigkeitsbericht ist auch dann aufzustellen, wenn die abhängige Gesellschaft zu 100 % dem herrschenden inländischen oder ausländischen Unternehmen gehört. Das Gesetz gibt - aus dem Grundgedanken des Schutzes der Gesellschaft, Gläubiger und Aktionäre - keine Möglichkeit, daß etwa die Hauptversammlung auf die Erstellung des Abhängigkeitsberichtes verzichtet¹⁾.

Nach § 316 braucht der Abhängigkeitsbericht dann nicht aufgestellt zu werden, wenn ein Gewinnabführungsvertrag vorliegt. Da der Bericht den Zweck hat, festzustellen, ob für die abhängige Gesellschaft nachteilige Handlungen durchgeführt wurden, ist er bei Vorliegen eines Gewinnabführungsvertrages nach § 291 deshalb überflüssig, weil das herrschende Unternehmen letztlich selbst der Geschädigte ist; denn es mindert sich dadurch der abzuführende Gewinn oder es entsteht ein Verlust, den das herrschende Unternehmen nach § 302 auszugleichen hat²⁾. Aus ähnlichen Erwägungen des Gesetzgebers entfällt der Abhängigkeitsbericht, wenn die abhängige Gesellschaft in das herrschende Unternehmen nach §§ 319 ff eingegliedert ist, § 323 Abs. 1 Satz 2.

¹⁾ dazu auch Leo, Die Einmann AG, in: Die AG 1965, S. 352 ff

²⁾ vgl. Begr. RegE zu § 316, abgedruckt bei Kropff, S. 418

3.) Die Berichterstattungspflicht bei mehrstufigen Unternehmensverbindungen

Nach § 312 sind in dem Abhängigkeitsbericht alle Rechtsgeschäfte aufzuführen, welche die abhängige Gesellschaft im vergangenen Geschäftsjahr mit dem herrschenden Unternehmen oder einem mit ihm - dem herrschenden - verbundenen Unternehmen vorgenommen hat¹⁾).

Die Berichtspflicht gilt auch für Rechtsgeschäfte mit Dritten, die auf Veranlassung oder im Interesse des herrschenden Unternehmens oder eines mit diesem verbundenen Unternehmen vorgenommen wurden. Die Berichtspflicht trifft ferner alle Maßnahmen, die auf Veranlassung oder im Interesse des herrschenden Unternehmens oder von mit dem herrschenden Unternehmen verbundenen Unternehmen getroffen oder unterlassen wurden²⁾).

Zur Abgrenzung des Umfanges der berichtspflichtigen Tatbestände ist also zunächst darauf hinzuweisen, daß einer der Vertragspartner immer die berichtspflichtige, d.h. die abhängige, Gesellschaft sein muß. Der andere Geschäftspartner ist das herrschende Unternehmen selbst, ein mit dem herrschenden Unternehmen verbundenes Unternehmen oder ein fremdes Unternehmen, wenn die Geschäfte auf Veranlassung oder im Interesse der vorgenannten Gesellschaften vorgenommen werden.

¹⁾dazu im einzelnen S. 61 ff

²⁾vgl. im einzelnen S. 52 ff

a) Rechtshandlungen zwischen abhängiger Gesellschaft und ihren Tochtergesellschaften

Es stellt sich die Frage, ob auch Rechtsgeschäfte und Maßnahmen zwischen der abhängigen Gesellschaft und den eigenen Tochtergesellschaften berichtspflichtig sind.

Verbundene Unternehmen sind nach § 15 u.a. in Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen und mit Mehrheit beteiligte Unternehmen. Nach § 16 Abs. 4 gelten dabei als Anteile, die einem Unternehmen gehören, auch die Anteile, die einem von ihm abhängigen Unternehmen gehören. Danach ist die Tochtergesellschaft einer abhängigen Gesellschaft mit dem herrschenden Unternehmen - wenn auch nur mittelbar¹⁾ - verbunden, so daß nach den Definitionen des Gesetzes auch die Rechtsgeschäfte zwischen der abhängigen Gesellschaft und den eigenen Tochtergesellschaften berichtspflichtig sein würden.

Es ist nicht vorstellbar, daß der Gesetzgeber dieses gewollt hat, berücksichtigt man den mit dem Rechtsinstitut des Abhängigkeitsberichts verfolgten Zweck, nämlich der Vorbeugung der Gefahr, daß die Geschäftsführung der abhängigen Gesellschaft nach den Interessen der herrschenden ausgerichtet wird²⁾. Die abhängige Gesellschaft im Sinne der §§ 311 ff ist gegenüber der eigenen Tochtergesellschaft gewöhnlich selbst herrschendes Unternehmen, so daß es für diesen Fall des mit Abhängigkeitsbericht verbundenen Zwecks nicht bedarf³⁾.

1) sog. mehrstufige Abhängigkeit, vgl. § 17 Abs. 1: "Abhängige Unternehmen sind rechtlich selbständige Unternehmen, auf die ein anderes Unternehmen mittelbar einen beherrschenden Einfluß ausüben kann."

2) Flume, Die abhängige Aktiengesellschaft und die Aktienrechtsreform in: DB 1959, S. 191, vgl. auch S. 16

3) Die Tochtergesellschaft hat - soweit sie gem. § 311 verbunden ist - ihrerseits einen Abhängigkeitsbericht zu erstellen.

Das gilt umso mehr, wenn zwischen der berichtspflichtigen Gesellschaft und deren Tochterunternehmen ein Organverhältnis mit Ergebnisübernahmevertrag besteht. Der Vorteil, dem eine solche "Organtochter" aus einem Rechtsgeschäft mit dem Organträger zieht, würde im Zusammenhang mit der Abführung des Ergebnisses noch im gleichen Geschäftsjahr in der Bilanz des Organträgers seinen Niederschlag finden. Bei Tochtergesellschaften, mit denen ein Ergebnisübernahmevertrag nicht geschlossen ist, würde sich der Vorteil aus einem Rechtsgeschäft mit der Muttergesellschaft zunächst in einer Vermögensmehrung auf Grund höheren Gewinnes niederschlagen, der ebenfalls der Muttergesellschaft, wenn auch nur über eine Anreicherung des Wertes der Beteiligung, zugutekommt. In diesem Sinne betont auch Goerdeler¹⁾ zur Abgrenzung des Kreises der berichtspflichtigen Rechtsgeschäfte: "Die abhängige Gesellschaft hat, wie sich aus Satz 2 des § 312 Abs. 1 ergibt, nur über Rechtsgeschäfte mit dem herrschenden Unternehmen und mit solchen Unternehmen zu berichten, die mit dem herrschenden Unternehmen verbunden sind, nicht aber über Rechtsgeschäfte mit Unternehmen, die nur mit der abhängigen Gesellschaft verbunden sind. Oft, aber nicht immer, werden Unternehmen, die mit der abhängigen Gesellschaft verbunden sind, auch mit dem herrschenden Unternehmen (mittelbar) verbunden sein."

Der zuletzt zitierte Satz ist im Zusammenhang mit dem vorherigen nicht unbedingt verständlich. Der Gedanke, welcher den Ausführungen von Goerdeler zugrunde liegt, sollte so

¹⁾Goerdeler, Geschäftsbericht etc, in: Wpg 1966, S. 123

verstanden werden, daß die unmittelbare Verbindung zwischen dem abhängigen Unternehmen und den eigenen Tochtergesellschaften in dieser Betrachtungsweise stärker ist als die nur mittelbare Verbindung zum herrschenden Unternehmen. Es besteht kein schutzwürdiges Interesse, in dem Abhängigkeitsbericht auch über die Rechtsgeschäfte mit den eigenen Tochtergesellschaften zu berichten, abgesehen davon, daß die eigene Tochtergesellschaft in ihrem Geschäftsbericht über wesentliche Geschäftsvorfälle berichten muß¹⁾.

- b) Rechtshandlungen zwischen dem herrschenden Unternehmen und seinen mittelbar verbundenen Gesellschaften

In diesem Zusammenhang stellt sich die weitere Frage, ob die abhängige Gesellschaft über Rechtsgeschäfte bzw. Maßnahmen berichten muß, die ihre Tochtergesellschaft mit dem herrschenden Unternehmen vornimmt.

Nach den Feststellungen auf Seite 45 ist nur über solche Rechtsgeschäfte zu berichten, in denen die berichtspflichtige Gesellschaft einer der beiden Geschäftspartner ist. Aus dem Wortlaut des Gesetzes ist demnach die hier gestellte Frage grundsätzlich zu verneinen.

Es ist jedoch darauf hinzuweisen, daß in dieser Regelung eine Lücke im Gesetz besteht. Der mit dem Abhängigkeitsbericht verfolgte Zweck - den Schutz der Gesellschaft selbst, der Gläubiger und der Aktionäre zu gewährleisten - kann nicht erreicht werden, wenn es möglich ist, daß ein

¹⁾gem. § 160 Abs. 3 Ziff. 10

für die abhängige Gesellschaft nachteiliges Rechtsgeschäft von ihrer Tochtergesellschaft, die mit einem Ergebnisübernahmevertrag mit dem Organträger verbunden ist, mit dem herrschenden oder einem mit diesem verbundenen Unternehmen vorgenommen wird. Der Nachteil eines solchen Rechtsgeschäftes würde über eine entsprechend verminderte Ergebnisabführung zu Lasten der berichtspflichtigen Gesellschaft gehen. Nach der Zwecksetzung des Abhängigkeitsberichts sollten deshalb auch Rechtsgeschäfte, die von Organgesellschaften mit Ergebnisübernahmevertrag mit dem herrschenden Unternehmen und mit diesen verbundenen Unternehmen vorgenommen werden, in gleicher Weise berichtspflichtig sein wie die von der abhängigen Gesellschaft selbst vorgenommenen Rechtsgeschäfte.

4.) Die berichtspflichtigen Tatbestände

Nach § 312 Abs. 2 hat der Bericht den Grundsätzen einer gewissenhaften und getreuen Rechenschaft zu entsprechen. Diese Formulierung stimmt mit dem Wortlaut des § 160 Abs. 4 Satz 1, der sich auf den Geschäftsbericht bezieht, überein. Im Gegensatz zu den Vorschriften für den Geschäftsbericht enthält jedoch § 312 für den Abhängigkeitsbericht keine Schutzklausel. Der Verzicht auf die Schutzklausel ist berechtigt, da sich der Abhängigkeitsbericht - im Gegensatz zum Geschäftsbericht - nicht an alle Aktionäre und an die Öffentlichkeit wendet, sondern nur einem äußerst begrenzten Kreis von Personen zugänglich ist. Der Abhängigkeitsbericht wird nur dem Abschlußprüfer (§ 313) und dem

Aufsichtsrat (§ 314) vorgelegt. Die Berichte sind aber den Aufsichtsratsmitgliedern nur auf Verlangen auszuhändigen und auch nur insoweit, als der Aufsichtsrat nichts anderes beschlossen hat¹⁾.

Diese Begrenzung des Leserkreises und der mit dem Abhängigkeitsbericht verfolgte Zweck ist auch bestimmend für Inhalt und Ausführlichkeit des Berichtes. Grundsätzlich braucht der Bericht nichts zu enthalten, was dem Leser ohnehin bekannt ist. Der Zweck des Berichtes besteht u.a. darin, dem Vorstand ein Mittel der Selbstkontrolle zu sein; zum anderen soll er die Aufsichtsratsmitglieder über die Beziehungen zwischen der Gesellschaft und dem herrschenden Unternehmen sowie den mit dem herrschenden Unternehmen verbundenen Unternehmen vollständig und richtig informieren²⁾.

Der Abschlußprüfer, der den Abhängigkeitsbericht vor der Vorlage beim Aufsichtsrat prüfen muß, hat seinerseits Zugang zu allen Belegen und Nachweisen und kann sich selbst ein Bild davon verschaffen, ob die Darstellung des Abhängigkeitsberichtes auf die entscheidenden Vorgänge konzentriert ist und die Schwerpunkte richtig verteilt.

a) Mitteilung des Unternehmensverbundes

Es ergibt sich zunächst die Frage, ob der Kreis der mit der abhängigen Gesellschaft verbundenen Unternehmen aufzuzählen ist, auch wenn mit einzelnen Unternehmen Geschäfte nicht abgewickelt worden sind.

¹⁾ Es ist also möglich, daß der Aufsichtsrat mit einfacher Stimmenmehrheit im Interesse der Geheimhaltung beschließt, den Abhängigkeitsbericht nur während der Sitzung zu verlesen und einzusehen, nicht aber zur Mitnahme oder zum Verbleib auszuhändigen

²⁾ vgl. zur Funktion des Berichts im einzelnen S. 16

Nach § 312 Abs. 1 Satz 1 wird ein "Bericht über die Beziehung zu verbundenen Unternehmen" gefordert. Aus dem Wortlaut des Gesetzes könnte der Schluß gezogen werden, daß dem Abhängigkeitsbericht eine gesonderte Aufzählung aller mit der abhängigen Gesellschaft verbundenen Unternehmen voranzustellen sei¹⁾.

Anstelle dieser Bezeichnung hatte der Regierungsentwurf zum Aktiengesetz den Bericht "Abhängigkeitsbericht" genannt. Auf Antrag des Rechts- und Wirtschaftsausschusses wurde das Wort "Abhängigkeitsbericht" in "Bericht über Beziehungen zu verbundenen Unternehmen" ersetzt. Damit sollte lediglich der "diskriminierende" Charakter des Wortes Abhängigkeit beseitigt werden²⁾; es war aber keine materiell-rechtliche Änderung des Gesetzes beabsichtigt. Der erste Satz des § 312 Abs. 1 ist somit seinem Sinn entsprechend wie in der Fassung des Regierungsentwurfes zu verstehen: Es bestimmt nicht den Inhalt des Berichtes, sondern verpflichtet den Vorstand einer abhängigen Gesellschaft, einen Bericht innerhalb der ersten drei Monate nach Ablauf des Geschäftsjahres aufzustellen. Umfang und Inhalt des Abhängigkeitsberichtes wird in § 312 Abs. 1 Satz 2 bestimmt.

Unter Berücksichtigung des Sinns und Zwecks des Berichtes, den Nachweis zu erleichtern, daß die mit verbundenen Unternehmen abgewickelten Geschäfte nicht nachteilig gewesen sind, sollte der Kreis der verbundenen Unternehmen insoweit bekanntgegeben werden, als sie nicht schon in anderer Form mitgeteilt worden sind. Deshalb sollten die

¹⁾ Institut der Wirtschaftsprüfer, Fachtagung 1966, S. 73

²⁾ Begr. RegE zu § 312, abgedruckt bei Kropff, S 412

Namen der ausländischen Unternehmen aufgeführt werden; inländische verbundene Unternehmen müssen nach § 160 Abs. 3 Ziff. 10 bereits im Geschäftsbericht angegeben werden. Dem Ziel des Abhängigkeitsberichtes entspricht es auch, wenn nur solche ausländische verbundene Unternehmen mitgeteilt werden, die tatsächlich innerhalb des Unternehmensverbundes unmittelbar oder mittelbar auf die berichtspflichtige Gesellschaft Einfluß nehmen können.¹⁾

- b) Die Berichtspflicht über "Rechtsgeschäfte" und "Maßnahmen" nach § 312 Abs. 1 Satz 2

Nach § 312 Abs. 1 Satz 2 und in Anlehnung an die systematische Darstellung von Havermann²⁾ hat der Vorstand der abhängigen Gesellschaft zu berichten über:

1. Alle Rechtsgeschäfte, die die Gesellschaft im abgelaufenen Geschäftsjahr mit dem herrschenden Unternehmen vorgenommen hat.
2. Alle Rechtsgeschäfte, die die Gesellschaft im abgelaufenen Geschäftsjahr mit einem mit dem herrschenden Unternehmen verbundenen Unternehmen vorgenommen hat.

Zu 1. und 2.:

Es spielt dabei keine Rolle, ob die Rechtsgeschäfte auf Veranlassung oder im Interesse dieser Unternehmen vorgenommen worden sind.

3. Alle Rechtsgeschäfte, die das abhängige Unternehmen im abgelaufenen Geschäftsjahr auf Veranlassung oder im Interesse des herrschenden Unternehmens vorgenommen hat.

¹⁾ vgl. auch Gessler, Die Rechtsverhältnisse verbundener Unternehmen in: NB 1966, S. 199

²⁾ Die verbundenen Unternehmen und ihre Pflichten nach dem Aktiengesetz 1965, in: Wpg 1966, S. 40

4. Alle Rechtsgeschäfte, die das abhängige Unternehmen im abgelaufenen Geschäftsjahr auf Veranlassung oder im Interesse eines mit dem herrschenden Unternehmen verbundenen Unternehmens vorgenommen hat.

Zu 3. und 4.:

Da über Rechtsgeschäfte mit verbundenen Unternehmen in jedem Fall zu berichten ist, kann es sich hier nur um solche Rechtsgeschäfte handeln, die zusätzlich mit nicht verbundenen Unternehmen vorgenommen wurden; Voraussetzung für die Berichtspflicht ist jedoch eine Veranlassung oder ein Interesse entweder seitens des herrschenden Unternehmens oder eines mit diesem verbundenen Unternehmens¹⁾.

5. Alle Maßnahmen, die das abhängige Unternehmen im abgelaufenen Geschäftsjahr auf Veranlassung oder im Interesse des herrschenden Unternehmens getroffen oder unterlassen hat.
6. Alle Maßnahmen, die die abhängige Gesellschaft im abgelaufenen Geschäftsjahr auf Veranlassung oder im Interesse eines mit dem herrschenden Unternehmen verbundenen Unternehmens getroffen oder unterlassen hat.

Zu 5. und 6.:

Voraussetzung für die Berichtspflicht von Maßnahmen ist also, daß das herrschende oder ein mit ihm verbundenes Unternehmen die Maßnahme veranlaßt hat, oder dass sie in deren Interesse gelegen hat; es ist dabei unerheblich, wem gegenüber diese Maßnahme wirkt, sie kann also sowohl im Hinblick auf ein verbundenes als auch ein nicht verbundenes Unternehmen getroffen worden sein²⁾.

¹⁾Schubert, Zur Berichtspflicht über Beziehungen zu verbundenen Unternehmen in: BFuP 1966, S. 172

²⁾vgl. auch Gessler in: NB 1966, S. 199;

Der Kreis der berichtspflichtigen Tatbestände ist also sehr weit gefaßt. Zwar trägt § 312 die Überschrift "Bericht des Vorstandes über Beziehungen zu verbundenen Unternehmen". Daraus ist aber nicht zu folgern, daß ein vom herrschenden Unternehmen veranlaßtes Rechtsgeschäft der berichtspflichtigen Gesellschaft mit einem nicht verbundenen Unternehmen nicht berichtspflichtig wäre. Die Beziehung zu verbundenen Unternehmen liegt darin, daß die fragliche Handlung aus dem Kreis der verbundenen Unternehmen veranlaßt worden ist¹⁾.

Es gilt zunächst, die Begriffe "Rechtsgeschäfte" und "Maßnahmen" zu bestimmen.

Der Begriff Rechtsgeschäfte ist nach den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen und Handels-Gesetzbuches zu bestimmen²⁾. Zwar erörtert das bürgerliche Gesetzbuch nicht den Begriff der Rechtsgeschäfte; er hat aber in dem bürgerlichen Recht eine bestimmte Bedeutung. Ein Rechtsgeschäft ist der Tatbestand, "der sich aus der Verbindung von Willenserklärung und dem sonstigen zur Herbeiführung der Rechtsfolge erforderlichen Tatbestandsteil ergibt"³⁾. Rechtsgeschäfte sind einzuteilen in einseitige Rechtsgeschäfte, Verträge, Gesamtkte und Beschlüsse. § 312 setzt die Rechtsgeschäfte in Beziehung

¹⁾ vgl. Schubert in: BFuP 1966, S. 172 f, Fußnote 32

²⁾ Goerdeler, Geschäftsbericht etc. in Wpg 1966, S. 123

³⁾ Erman-Westermann, Einl. § 104, Ziff. 3, S. 100; ähnlich: Soergel-Sieber-Seydel, vor § 104, Randziffer 2e, Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil, § 145 Abs. 2. Trotz theoretischen Meinungsstreits wird in der Literatur eine im wesentlichen gleiche Erläuterung gegeben.

zu Leistung und Gegenleistung. Daraus könnte entnommen werden, daß Rechtsgeschäfte im Sinne des Gesetzes nur gegenseitige Rechtsgeschäfte seien¹⁾; denn nur bei solchen Geschäften können Leistung und Gegenleistung dargestellt werden. Eine derartige Auslegung des Gesetzes erscheint jedoch zu eng. Vielmehr entspricht es dem Anliegen des Gesetzgebers - nämlich eine möglichst vollständige Erfassung aller Handlungen - mehr, wenn der Begriff in seiner umfangreichen, vom bürgerlichen Recht entwickelten Bestimmung angewandt wird: Das Rechtsgeschäft ist im Bericht immer festzuhalten, gleichzeitig aber auch die mit dem Geschäft verbundene Leistung und - soweit es sich um gegenseitige Rechtsgeschäfte handelt - auch die Gegenleistung. Dieser Auslegung entspricht es auch, wenn der Gesetzgeber von der "Vornahme" von Rechtsgeschäften anstelle von dem "Abschluß" von Rechtsgeschäften spricht. Die Vornahme eines Geschäfts umfaßt das einseitige Rechtsgeschäft, beim Abschluß sind jedoch zweiseitige Geschäfte Voraussetzung.

Für den Begriff "Maßnahmen" fehlt es dagegen an einem entsprechenden Vorbild. Er ist umfassender als der Begriff Rechtsgeschäfte²⁾. Er hat alle Handlungen zum Inhalt,

¹⁾Rasner in BB 1966, S. 1044

²⁾Rasner a.a.O., Stehle in: Die AG 1966, S. 234

die wirtschaftliche Auswirkungen haben¹⁾). Man kann den Begriff Maßnahmen auch erläutern als die auf wirtschaftliche Zielsetzung gerichtete Verhaltensweise. Dies können sowohl Handlungen als auch Unterlassungen sein. Bei Maßnahmen im Sinne des Gesetzes ist zu denken an organisatorische Handlungen, Investitionen, Ausweitungen oder Einschränkungen des Produktionsprogrammes, Stilllegung von Betriebsteilen, Abstimmung von Einkauf und Vertrieb, Konzentration auf bestimmte Forschung, Nichtwahrnehmung einer Marktchance sowie Vereinheitlichungsmaßnahmen²⁾).

Eine getroffene oder unterlassene Maßnahme im Sinne des § 312 liegt auch vor, wenn diese nur mittelbar wirtschaftliche Folgen hat. Beide Begriffe - Rechtsgeschäfte und Maßnahmen - können ineinander übergreifen, ein Rechtsgeschäft kann eine Maßnahme umfassen, wie umgekehrt. Bei der Begriffsbestimmung ist auch wieder vom Sinn und Zweck der Bestimmung des § 312 Abs. 1 auszugehen: Durch den Abhängigkeitsbericht sollen alle Handlungen - vorteilhafte und nachteilige - erfaßt werden, die unmittelbar oder nur mittelbar eine Vermögensverschiebung zur Folge haben. Dieser Bereich begrenzt den Umfang der zu erfassenden und anzugebenden Maßnahmen.

Gessler³⁾ will von dem aufgrund des bürgerlichen Rechts umrissenen Begriff der Rechtsgeschäfte bei dessen Bestimmung innerhalb des § 312 abweichen, indem er unter Rechtsgeschäften nur Handlungen erfassen will, die eine unmittelbare Folge auf das Vermögen nach sich ziehen, während Maßnahmen

¹⁾ Godin-Wilhelmi, § 312 Anm. 4, S. 1642

²⁾ vgl. Havermann in: Wpg 1966, S. 40; Rasner in: BB 1966, S. 1045

³⁾ Die Rechtsverhältnisse verbundener Unternehmen, in: NB 1966, S. 200

nur mittelbar das Vermögen und den Ertrag betreffen würden. Beide Begriffe seien voneinander zu trennen. Zu dieser Auffassung wird Gessler aus rein praktischen Erwägungen gelangt sein; denn dadurch läßt sich eine recht klare Trennung zwischen Rechtsgeschäften und Maßnahmen im Sinne der Vorschrift erreichen. Es ist jedoch nicht ersichtlich, daß der Gesetzgeber eine solche Auslegung gewünscht hat. Wenn der Gesetzgeber den Wortlaut: "In dem Bericht sind alle Rechtsgeschäfte ... und alle a n d e r e n Maßnahmen ... aufzuführen" wählte, so bringt er dadurch zum Ausdruck, daß der Begriff der Maßnahme den des Rechtsgeschäftes umfaßt. Deshalb muß davon ausgegangen werden, daß der Gesetzgeber bei der Wahl des Wortlautes von der geläufigen bürgerlich-rechtlichen Bedeutung ausgegangen ist, zumal die Auslegung von Gessler nicht erforderlich ist, um den Kreis der berichtspflichtigen Handlungen genau zu kennzeichnen.

c) Die Begriffe "auf Veranlassung" - "im Interesse"

Die im Gesetzestext verwendeten Begriffe Rechtsgeschäfte und Maßnahmen "auf Veranlassung oder im Interesse" bedürfen einer weiteren Erörterung. Bei Untersuchung der Frage, ob ein Rechtsgeschäft durch die herrschende Gesellschaft "veranlaßt" wurde, ist entscheidend, von welcher Seite die Initiative zu der Vornahme des Rechtsgeschäfts ausgegangen ist¹⁾. Das Wort Veranlassung ist damit weiter auszulegen als der aktienrechtliche Begriff "Weisung"²⁾. Der Begriff Veranlassung umfaßt die Weisung, wie auch jede Empfehlung und Anregung.

¹⁾ Institut der Wirtschaftsprüfer, Fachtagung 1966, S. 72, Würdinger, Aktien- und Konzernrecht, S. 311

²⁾ dazu und zum folgenden Goerdeler, Geschäftsbericht etc., in: Wpg 1966, S. 125; Godin-Wilhelmi, § 311, Anm. 2, S. 1630

Die Veranlassung muß eine Einwirkung auf das abhängige Unternehmen zur Folge haben. Es hängt von dem Gewicht der Einflußmöglichkeit seitens des herrschenden Unternehmens ab, ob eine Handlung veranlaßt worden ist. So braucht ein eindeutiges Ersuchen dann keine Veranlassung im Sinne des Gesetzes sein, wenn das herrschende Unternehmen auf geeignete Gegenvorstellungen des Vorstandes der abhängigen Gesellschaft zu einer Überprüfung des Ersuchens bereit ist. Umgekehrt ist es möglich, daß eine in der Form eines Wunsches oder einer Bitte gekleidete Äußerung des herrschenden Unternehmens gegenüber dem abhängigen Unternehmen eine Veranlassung sein kann, wenn es üblich ist, daß auch bei geringster Einwendung der abhängigen Gesellschaft das herrschende Unternehmen entsprechende Gegenmaßnahmen zur Durchsetzung seines Willens zu ergreifen pflegt.

Es genügt, wenn die Veranlassung durch nachgeordnete Gremien oder beauftragte Stellen gegeben wird.

Die Abgrenzung zwischen dem Tätigwerden des Vorstandes der abhängigen Gesellschaft auf Grund eigener Initiative und dem Tätigwerden auf Veranlassung durch die herrschende Gesellschaft wird oft schwierig sein¹⁾. Die Frage verliert jedoch an Bedeutung, wenn man untersucht, ob das Tätigwerden "im Interesse" der herrschenden Gesellschaft erfolgt ist. Ein Handeln im Interesse der herrschenden Gesellschaft liegt immer dann vor, wenn die herrschende Gesellschaft oder ein mit ihr verbundenes Unternehmen aus diesem Handeln einen einseitigen Vorteil haben soll, der einem Dritten nicht gewährt werden würde. Umgekehrt bedeutet dies, daß alle Rechtsgeschäfte und Maßnahmen, getroffene oder unterlassene, die für die abhängige Gesellschaft einen Nachteil mit sich bringen, im Interesse des

¹⁾ z.B. bei einer Personalunion zwischen der Geschäftsleitung des herrschenden Unternehmens und dem Aufsichtsrat der abhängigen Gesellschaft

herrschenden Unternehmens erfolgt sind. Ein Handeln im Interesse des herrschenden oder eines mit ihm verbundenen Unternehmens liegt jedoch nicht vor, wenn das Rechtsgeschäft oder die Maßnahme im beiderseitigen Interesse liegt. Eine Maßnahme ist im Interesse des herrschenden oder eines mit ihm verbundenen Unternehmens unterlassen und somit berichtspflichtig, wenn die Umstände dafür sprechen, daß sie bewußt und vorwiegend im Interesse verbundener Unternehmen unterlassen worden ist.

Eine Veranlassung seitens der herrschenden Gesellschaft liegt nicht vor, wenn eine Anregung und Empfehlung auch von einem unabhängigen Unternehmen befolgt worden wäre¹⁾.

Der Meinung von Leo²⁾, der die berichtspflichtige Veranlassung von der Nachdrücklichkeit abhängig macht, ist nicht beizutreten, da dem berichtspflichtigen Vorstand ein zu großer Ermessensspielraum gegeben würde³⁾. Leo selbst ist der Auffassung, daß an die Nachdrücklichkeit der Veranlassung keine zu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen⁴⁾. Die Grenzen der Beeinflussung sind sehr schwer zu ziehen; es kommt allein darauf an, ob der Vorstand zu einem Rechtsgeschäft oder zu einer Maßnahme - unabhängig von der Intensität - veranlaßt worden ist. Mit Recht weist aber Leo darauf hin, daß zwischen der Einwirkung des herrschenden Unternehmens und dem Rechtsgeschäft oder der

¹⁾ vgl. S. 82 f

²⁾ Die Einmann-AG und das neue Konzernrecht in: Die AG 1965, S. 357

³⁾ im Ergebnis auch Godin-Wilhelmi, § 311 Anm. 2, S. 1630

⁴⁾ a.a.O.

Maßnahme Kausalität bestehen muß, d.h. der Vorstand darf zu der betreffenden Handlung nicht ohnehin schon entschlossen gewesen sein.

Auszuschließen von der Berichtspflicht sind, wie später ausgeführt wird, solche Rechtsgeschäfte und Maßnahmen auf Veranlassung und im Interesse, die zwar nach dem Wortlaut des § 312 der Berichtspflicht unterliegen, im Grunde aber wegen ihrer Geringwertigkeit zu einer nicht sinnvollen Ausweitung des Berichtes führen¹⁾.

Bei allen Rechtsgeschäften sind Leistung und Gegenleistung²⁾, bei den Maßnahmen die Gründe der Maßnahme³⁾, sowie die daraus für die Gesellschaft entstandenen Vor- und Nachteile anzugeben⁴⁾, § 312 Abs. 1 Satz 3. Als Ergebnis der Berichterstattung ist entsprechend der Zielsetzung des Abhängigkeitsberichts mitzuteilen, wie Nachteile ausgeglichen wurden, oder auf welche Vorteile ein Rechtsanspruch gewährt worden ist, § 312 Abs. 1 Satz 4.

¹⁾ vgl. Rasner, Der Abhängigkeitsbericht des § 312 AktG in: BB 1966 S. 1046; Stehle, Abhängigkeitsbericht oder Beherrschungsvertrag in: Die AG 1966, S. 233

²⁾ vgl. im einzelnen S. 69

³⁾ vgl. im einzelnen S. 70

⁴⁾ vgl. im einzelnen S. 70-73, auch Goerdeler in: Wpg 1966, S. 125; Havermann in: Wpg 1966 S. 40

d) Bericht über die berichtspflichtigen Tatbestände
in zusammengefaßter, aber vollständiger Form

Nach dem Wortlaut des § 312 Abs. 1 sind in dem Bericht "alle" berichtspflichtigen Tatbestände aufzuführen. Der Katalog der berichtspflichtigen Tatbestände¹⁾ umfaßt nicht nur Rechtsgeschäfte, die im Rechnungswesen der abhängigen Gesellschaft einen buchungspflichtigen Geschäftsvorgang darstellen, sondern auch schwebende Rechtsgeschäfte, die nicht oder noch nicht zu einer Buchung geführt haben und alle Maßnahmen, die lediglich ein unternehmerisches Verhalten darstellen und deshalb noch weniger greifbar sind. Es ist daher unumgänglich, eine systematische Erfassung dieser berichtspflichtigen Tatbestände einzuleiten²⁾.

Alle Rechtsgeschäfte und alle anderen Maßnahmen bedeuten aber nicht jedes einzelne Rechtsgeschäft und jede einzelne Maßnahme³⁾. Aus der Begründung zum Regierungsentwurf geht hervor, daß der Gesetzgeber die organisatorischen Schwierigkeiten, welche die in § 312 geforderte Berichterstattung für die abhängigen Gesellschaften bedeuten kann, erkannt hat⁴⁾. Die Schwierigkeiten sind aber bewußt in Kauf genommen worden, um sicherzustellen, daß der Abhängigkeitsbericht zu einem wirksamen Instrument gegen Benachteiligungen der abhängigen Gesellschaft wird. Dieser gesetzgeberische Zweck der Vorschrift ist bei ihrer Auslegung zu berücksichtigen. Die Überladung des Berichtes mit Einzelangaben trägt jedoch nicht zur Lesbarkeit des Berichtes bei. Die Begründung zum

¹⁾ vgl. die Aufzählung auf der folgenden Seite

²⁾ vgl. im einzelnen S. 142

³⁾ so die einmütige Auffassung: Kropff in: BB 1965, S. 1288; Obermüller-Werner-Winden, S. 201; Godin-Wilhelmi, § 312 Anm. 4 S. 1643; Goerdeler, Geschäftsbericht etc. in: Wpg 1966, S. 124; Rasner in: BB 1966, S. 1044

⁴⁾ Begr. RegE zu § 312, abgedruckt bei Kropff, S. 411

Regierungsentwurf gestattet deshalb auch eine zusammenfassende Berichterstattung, z.B. bei wiederkehrenden Geschäften, die stets zu den gleichen Bedingungen abgewickelt werden. Nach den Diskussionsergebnissen eines Arbeitsausschusses "Abhängigkeitsbericht nach dem neuen Aktienrecht" des Instituts der Wirtschaftsprüfer in Baden-Baden¹⁾ ist eine zusammenfassende Berichterstattung über Rechtsgeschäfte möglich bei

- (a) wiederkehrenden Geschäften, die zu gleichen Bedingungen abgewickelt werden²⁾,
- (b) sonstigen gleichartigen Geschäften des normalen Geschäftsverkehrs mit bestimmten Geschäftspartnern,
- (c) unbedeutenden Geschäften - auch zu abweichenden Bedingungen -, also bei Nebengeschäften, die nicht zum eigentlichen Gegenstand des Unternehmens gehören.

Die auf Seite 69 erläuterte quantitative Bezifferung der einzelnen Geschäfte durch Umsatzzahlen (Leistung und Gegenleistung) ermöglicht eine Addition gleichartiger Geschäfte, wodurch der Gesamtbetrag aller Umsätze von gleichartigen Geschäften einen höheren Aussagewert erlangt als eine viele Seiten umfassende Aufzählung einzelner Geschäfte. Voraussetzung für eine gruppenweise Zusammensetzung ist aber, daß sich die in dem Abhängigkeitsbericht zusammengefaßten Geschäfte an Hand entsprechender Detailaufstellungen

¹⁾so Institut der Wirtschaftsprüfer, Fachtagung 1966, S. 68

²⁾z.B. Berechnung zu festen Listenpreisen, vgl. Kropff, Das Konzernrecht etc. in: BB 1965, S. 1288

nachweisen lassen und damit nachprüfbar sind. Auf das Vorhandensein solcher Detailaufstellungen könnte im Abhängigkeitsbericht verwiesen werden. Jede Zusammenfassung hat aber dort ihre Grenze, wo diese Angaben nur noch so wenig aussagefähig sind, daß eine sachgemäße Beurteilung unmöglich wird.

Im Hinblick auf den eigentlichen Zweck des Abhängigkeitsberichtes, nachteilige Geschäfte und Maßnahmen erkennbar zu machen, und den Ausgleich eines etwaigen Nachteils zu gewährleisten, muß sichergestellt werden, daß nachteilsverdächtige Handlungen klar und im vollen Umfang angegeben werden. Es erscheint auch geboten, daß außergewöhnliche Geschäfte in dem Sinn von Handlungen, die außerhalb des üblichen Liefer- und Leistungsverkehr liegen, besonders hervorgehoben werden, um dem Aufsichtsrat und dem Abschlußprüfer die Möglichkeit einer selbständigen Urteilsbildung zu geben.

Bei der Bewertung von Leistung und Gegenleistung der Rechtsgeschäfte hat der Vorstand überzeugend zu begründen, daß Leistung und Gegenleistung angemessen waren. Es genügt nicht die Angabe von absoluten Zahlen. Er hat - soweit möglich - von Vergleichsgrößen aus dem Geschäftsverkehr mit unabhängigen Dritten auszugehen¹⁾. Das gleiche gilt für Vor- und Nachteile durchgeführter Maßnahmen. Der

¹⁾ vgl. S. 82 f

Vorstand hat deutlich zu begründen, ob eine getroffene Maßnahme für die Gesellschaft vorteilhaft war oder nicht. Nach dem Wortlaut des Gesetzes, nach dem alle Rechtsgeschäfte und Maßnahmen angegeben werden müssen, sind nicht nur solche Handlungen in den Bericht aufzunehmen, die nachteilig sind; denn Zweck des Abhängigkeitsberichtes ist es auch, dem Aufsichtsrat und dem Abschlußprüfer eine Möglichkeit der Überprüfung zu geben. Das ist jedoch schwer möglich, wenn der Vorstand nur die nach seiner Auffassung nachteiligen Handlungen aufzuführen hätte¹⁾).

5. Schlußerklärung des Vorstandes nach § 312 Abs. 3

Durch die Begrenzung des Leserkreises ist auch zu erklären, daß § 312 Abs. 3 eine besondere Schlußerklärung des Vorstandes vorsieht, in der das Ergebnis der Berichterstattung zusammengefaßt wird.

Durch diese Schlußklärung wird die wesentliche Feststellung des Abhängigkeitsberichts, der in seinem ganzen Umfang nicht für die Öffentlichkeit bestimmt ist, dieser bekannt gemacht.

In der Schlußklärung ist festzustellen, ob die Gesellschaft nach den Umständen, die dem Vorstand zu dem Zeitpunkt bekannt waren, in dem die Rechtsgeschäfte vorgenommen und die Maßnahmen getroffen oder unterlassen wurden, die Gegenleistung angemessen war und die Gesellschaft nicht benachteiligt worden ist. Ist die Gesellschaft benachteiligt worden, so hat der Vorstand außerdem zu erklären, ob die Nachteile ausgeglichen worden sind²⁾).

¹⁾ vgl. auch Rasner in: BB 1966, S. 1046; Stehle in: Die AG 1966, S. 234

²⁾ vgl. dazu im einzelnen: Godin-Wilhelmi, § 312 Anm. 6, S. 1644 f, Würdinger, Aktien- und Konzernrecht, S. 311

Diese Erklärung ist nach dem letzten Satz des § 312 Abs. 3 im vollen Wortlaut in den Geschäftsbericht zu übernehmen. Es ist als ein redaktionelles Versäumnis anzusehen, daß diese Verpflichtung in § 160, der den Inhalt des Geschäftsberichtes zusammenfassend darstellt, nicht etwa als Ziff. 12 in den Abs. 3 aufgenommen worden ist. Die Verpflichtung, die Schlußerklärung des Abhängigkeitsberichtes in den Geschäftsbericht der Gesellschaft aufzunehmen, gilt grundsätzlich auch für den Fall, daß das herrschende Unternehmen seinen Sitz im Ausland hat. Diese Verpflichtung ist insoweit nicht zu verwechseln mit § 160 Abs. 3 Ziff. 10; nach dieser Vorschrift sind in jedem Geschäftsbericht Angaben zu machen über die rechtlichen und geschäftlichen Beziehungen zu verbundenen Unternehmen mit Sitz im Inland, ferner über geschäftliche Vorgänge bei diesen Unternehmen, die auf die Lage der Gesellschaft von erheblichem Einfluß sein können. Die Berichtspflicht nach Ziff. 10 ersetzt nicht den Abhängigkeitsbericht¹⁾. Auf der anderen Seite hat das abhängige Unternehmen nach der Vorschrift in dieser Ziffer u.a. über die geschäftlichen Beziehungen zu den eigenen Tochtergesellschaften zu berichten, die durch den Abhängigkeitsbericht nicht erfaßt werden²⁾).

Für die Schlußerklärung gilt der für den Geschäftsbericht maßgebende Grundsatz³⁾ der gewissenhaften und getreuen Rechenschaft⁴⁾).

¹⁾dazu auch Kropff in BB 1965, S. 1288; Havermann in: Wpg 1966, S. 40

²⁾vgl. S. 46 ff

³⁾gem. § 160 Abs. 4

⁴⁾vgl. auch Wollert, Der Abhängigkeitsbericht nach dem AktG 1965 in: DB 1966, S. 1281

III. Erfassung der berichtspflichtigen Tatbestände während des Geschäftsjahres als Voraussetzung für die Erstattung des Abhängigkeitsberichtes

Für die Erstattung eines Abhängigkeitsberichts ist es unumgänglich, während des Geschäftsjahres diejenigen Informationen systematisch zu sammeln, die für die gesetzlich vorgeschriebene Erstattung des Abhängigkeitsberichts Voraussetzung sind, und die dem Abschlußprüfer die Prüfung des Abhängigkeitsberichts ermöglichen. Es ist also nicht lediglich zu berichten, sondern der Vorstand muß darüber hinaus die Angaben seines Berichtes belegen. Der Abschlußprüfer kann nach § 165 Abs. 2 vom Vorstand alle Aufklärungen und Nachweise verlangen, die für eine sorgfältige Prüfung notwendig sind¹⁾.

1. Vollständigkeit der Erfassung aller Rechtsgeschäfte sowie der getroffenen und unterlassenen Maßnahmen

Soweit es sich um Rechtsgeschäfte handelt und Partner des Rechtsgeschäfts das herrschende Unternehmen oder damit verbundene Unternehmen sind, und soweit diese Rechtsgeschäfte zu buchungspflichtigen Vorgängen geführt haben, ist ein Nachweis über die Vollständigkeit der Erfassung solcher Rechtsgeschäfte auf Grund der Kontokorrentkonten der Buchhaltung jederzeit möglich. Wenn aus den Kontokorrentkonten außerdem die fortgeschriebenen Gesamtumsätze mit den jeweiligen Kunden abgelesen werden können, so erleichtert dies den Nachweis der Vollständigkeit. Nach Ablauf des Geschäftsjahres können an Hand dieser Konten die für die Aufstellung des Abhängigkeitsberichts notwendigen Auszüge in gleicher Weise erstellt werden, wie es für die Aufstellung des Jahresabschlusses üblich ist.

¹⁾ vgl. dazu Meier in: Wirtschaftsprüfung im neuen Aktienrecht, S. 87

Rechtsgeschäfte, die ihre Grundlage in schriftlichen Vereinbarungen haben und berichtspflichtig sind, können ebenfalls ohne organisatorische Schwierigkeiten erfaßt werden.

Daneben ist aber zu berücksichtigen, daß schwebende Geschäfte, d.h. also Rechtsgeschäfte, die noch von keiner Seite erfüllt sind, auch nicht zu einem Niederschlag in der Buchhaltung führen. Soweit es sich dabei um Rechtsgeschäfte aus dem normalen Lieferungs- und Leistungsverkehr der Gesellschaft handelt, werden sie üblicherweise als Auftragsbestände in den Abteilungen der Arbeitsvorbereitung oder der Verkaufsabteilung listenmäßig geführt. Eine zusätzliche Aufteilung der Listen nach Gesichtspunkten, wie sie bei der Berichterstattung im Abhängigkeitsbericht erforderlich sind, ist durch organisatorische Maßnahmen zu erreichen¹⁾.

Außerdem sind aber Rechtsgeschäfte denkbar, die weder zu buchführungspflichtigen Vorfällen geführt haben, noch schwebende Geschäfte im normalen Lieferungs- und Leistungsverkehr darstellen. Hierbei kann es sich um Beratungs-, Know-how- und sonstige Verträge handeln. Ihre Erfassung ist nur durch die Schaffung eines Meldeverfahrens, wie es weiter unten erläutert wird, möglich²⁾.

Rechtsgeschäfte, die das berichtspflichtige Unternehmen mit Dritten auf Veranlassung oder im Interesse des herrschenden Unternehmens oder eines mit ihm verbundenen Unternehmens vorgenommen hat, sind auch dann, wenn sie buchungspflichtig geworden sind, abweichend von den Rechtsgeschäften innerhalb des Konzerns aus den Unterlagen der Buchhaltung, insbesondere den Kontokorrentkonten, nicht direkt ersichtlich, da die als Partner der Rechtsgeschäfte Auftretenden außenstehende Dritte sind, und die Begründung der Rechtsgeschäfte durch Interesse

¹⁾ vgl. dazu die folgenden 2 Seiten

²⁾ vgl. S. 68 f

oder Veranlassung des herrschenden Unternehmens nicht erfaßbar ist. Ihre Erfassung ist in jedem Fall, auch wenn es sich nicht mehr um nur schwebende Geschäfte handelt, durch organisatorische Maßnahmen, d.h. ein Meldeverfahren, zu erreichen¹⁾. Denkbar ist die Einrichtung einer zentralen Stelle, der die entsprechenden Vorgänge zu melden sind, und die ihrerseits ein Register führt. Hinsichtlich der Verpflichtung zum Ausgleich von Nachteilen und der Haftung des Vorstandes²⁾ wird dieser nachteilsverdächtige Geschäfte von seiner Genehmigung abhängig machen müssen.

Das Meldeverfahren gilt besonders für Maßnahmen, die das abhängige Unternehmen auf Veranlassung oder im Interesse des herrschenden bzw. eines von ihm abhängigen Unternehmens getroffen oder unterlassen³⁾ hat. Die wenigsten Maßnahmen werden in schriftlicher Form - wie Anweisungen - niedergelegt und sind somit ohne Schwierigkeit erfaßbar. Da Maßnahmen darüber hinaus in der Regel nicht zu buchungspflichtigen Vorgängen führen, ist auch deren Erfassung durch eine zentrale Stelle zweckmäßig.

1) vgl. Wollert in: DB 1966, S. 1281

2) § 318, vgl. S. 16

3) Das besondere Problem der Erfassbarkeit von unterlassenen Maßnahmen wirft Meier, a.a.O., S. 88, auf, indem er sich fragt, wie z.B. festzustellen sei, ob die Änderung einer ungünstig gewordenen Vereinbarung im freien Markt möglich gewesen wäre oder nicht oder wie zu erfassen sei, daß eine gute Idee nicht verfolgt wird, weil man weiß, daß dies zu persönlichen Schwierigkeiten im Verhältnis zum herrschenden Unternehmen führen würde.

Die Erfassung der berichtspflichtigen Handlungen könnte in der Form von Fragebögen durchgeführt werden¹⁾, die von allen nach außen wirkenden Betriebsabteilungen laufend auszufüllen wären. Bereits die Erfassung der berichtspflichtigen Handlungen kann unter dem Gesichtspunkt der auf Seite 62 aufgeführten möglichen Gruppierungen erfolgen.

2. Leistung und Gegenleistung der Rechtsgeschäfte

Die vorangegangene verbale Darstellung der vorgenommenen Rechtsgeschäfte wird ergänzt durch die Angabe von Wertgrößen. Die bestandsmäßige Erfassung von Rechtsgeschäften ist nicht allein durch textliche Ansprache dieser Tatbestände möglich. Im wirtschaftlichen Verkehr wird der Umfang eines Rechtsgeschäftes üblicherweise durch den Geldwert der für die Leistung vereinbarten Gegenleistung beziffert, also durch den Kaufpreis oder den Auftragswert, der mit der Erfüllung des Geschäftes zum Umsatz wird.

Es ist aber ebenso denkbar, daß auch andere Maßeinheiten, insbesondere Mengenangaben, zur Erfassung von Leistung und Gegenleistung zusätzlich erforderlich sind oder allein genügen.

¹⁾ vgl. Wollert in: DB 1966, S. 1281

3. Gründe für getroffene oder unterlassene Maßnahmen

Bei verschiedenen Maßnahmen wird es nicht möglich sein, die Auswirkung dieser getroffenen oder unterlassenen Maßnahme durch eine Wertangabe zu bestimmen. Ersatzweise begnügt sich der Gesetzgeber in diesen Fällen mit der Angabe von Gründen. Durch die Begründung sollen die unternehmerischen Überlegungen dargelegt werden, nach denen die betreffenden Maßnahmen getroffen oder unterlassen wurden. Die Begründung verschiedener Tatbestände soll die Bedeutung der einzelnen Tatbestände im Rahmen des gesamten Geschäftsablaufes erkennen lassen. Die Art der Begründung soll schließlich in gleicher Weise wie die Angabe von Leistung und Gegenleistung bei den Rechtsgeschäften eine geeignete Grundlage für das anschließende Urteil über die Vor- oder Nachteile sein, die mit dem betreffenden Rechtsgeschäft oder mit der Maßnahme für die abhängige Gesellschaft verbunden waren.

Die Formulierung des Gesetzgebers schließt nicht aus, daß bei Angabe der Gründe, soweit es sachlich möglich ist, auch Maßgrößen zur Quantifizierung der Vorgänge genannt werden.

4. Vor- und Nachteile der Rechtsgeschäfte und Maßnahmen im vergangenen Geschäftsjahr

Aus § 311 Abs. 1 folgt, daß das herrschende Unternehmen ohne rechtliche Beschränkung Rechtsgeschäfte und Maßnahmen veranlassen darf, die für die abhängige Gesellschaft vorteilhaft sind. Darüber hinaus kann das herrschende Unternehmen auch auf die für die abhängige Gesellschaft schädlichen Rechtsgeschäfte und Maßnahmen hinwirken, wenn die für das abhängige Unternehmen entstehenden Nachteile von ihm oder einem Dritten ausgeglichen werden¹⁾.

¹⁾ Das folgt durch Umkehrschluß unmittelbar aus § 311 Abs. 1, vgl. Gessler in: DB 1965, S. 1730; vgl. auch Möhring in: NJW 1967, S. 7

Der Vorstand hat in seinem Bericht zu erklären, ob die Nachteile ausgeglichen wurden und dabei im einzelnen anzugeben, "wie der Ausgleich während des Geschäftsjahres tatsächlich erfolgt ist, oder auf welche Vorteile der Gesellschaft ein Rechtsanspruch gewährt worden ist"¹⁾.

Bei der Bestimmung, ob ein vorgenommenes Rechtsgeschäft, eine getroffene oder unterlassene Maßnahme für die abhängige Gesellschaft einen Vor- oder Nachteil bedeutet hat, kommt es nicht darauf an, den Saldo von Aufwendungen und Erträgen dieses Geschäftes zu ermitteln, d.h. den Gewinn oder Verlust im Sinne der Gewinn- und Verlustrechnung auszurechnen²⁾. Es ist vielmehr festzustellen, ob dieses gleiche oder ein ähnliches Rechtsgeschäft mit einem außenstehenden Dritten³⁾ zu den gleichen Konditionen abgeschlossen worden wäre. Es ist also wichtig, festzuhalten, ob die abhängige Gesellschaft in ihrem Geschäftsverkehr mit dem herrschenden Unternehmen diesem eine relative Begünstigung eingeräumt hat. Es kann demnach ein Nachteil vorliegen, wenn z.B. Waren, welche die abhängige Gesellschaft von dem herrschenden Unternehmen oder einem Dritten auf Anweisung des herrschenden Unternehmens zu einem bestimmten Preis gekauft hat, von einem anderen Unternehmen preiswerter hätte kaufen können, ohne daß hierdurch ein Verlust bei der abhängigen Gesellschaft entsteht.

Es ist zu unterscheiden zwischen Nachteilen, die auf Grund der Abhängigkeit verursacht worden sind - diese Nachteile sind im Abhängigkeitsbericht anzugeben - und sonstigen

1) § 312 Abs. 1 letzter Satz

2) vgl. Würdinger, Aktien- und Konzernrecht, S. 310

3) vgl. S. 82 f

Nachteilen, wie sie sich etwa bei langfristigen Verträgen durch eine während der Vertragsdauer veränderten Markt- und Preissituation ergeben können¹⁾. Nachteile aus derartigem Marktrisiko sind nur dann als Nachteile im Sinne des § 312 anzusehen, wenn das Marktrisiko bewußt im Interesse des herrschenden oder eines mit ihm verbundenen Unternehmens übernommen worden ist²⁾.

Nach dem Wortlaut und dem Zweck des § 311 - nämlich den Schutz des abhängigen Unternehmens zu erreichen - setzt ein Nachteil nicht voraus, daß dem herrschenden Unternehmen dadurch ein Vorteil entstanden ist. Ein Vorteil kann überhaupt entfallen. Der Vorteil kann auch einem Dritten zukommen, so daß sich im Verhältnis abhängiges-herrschendes Unternehmen der Nachteil nicht auswirkt. Ebenso kann für das herrschende Unternehmen ein Nachteil etwa dadurch entstehen, daß in bestimmten Fällen die Interessen vom abhängigen und herrschenden Unternehmen gleichgerichtet sind. Ein Nachteil für die abhängige Gesellschaft kann auch dann vorliegen, wenn aus ihm zugleich auch ein Nachteil für das herrschende Unternehmen folgt³⁾.

1) vgl. im einzelnen S. 135 ff

2) Institut der Wirtschaftsprüfer, Fachtagung 1966, S. 74

3) Leo in: Die AG 1965, S. 357

IV. Die Ausgleichspflicht und die Bewertung der vorgenommenen Rechtsgeschäfte und getroffenen Maßnahmen

1. Der Ausgleich von Nachteilen

§ 311 schreibt den Ausgleich von Nachteilen noch während des Geschäftsjahres - gegebenenfalls durch Gewährung eines Rechtsanspruches - zwingend vor. Nachteile, die im Geschäftsjahr nicht tatsächlich ausgeglichen sind, müssen am Ende des Geschäftsjahres auch nicht sofort ausgeglichen werden. Es genügt, wenn am Ende des Jahres festgestellt wird, wann und durch welche Vorteile der Ausgleich geschehen soll. Der abhängigen Gesellschaft ist auf diesen Ausgleich ein Rechtsanspruch zu gewähren. Es muß in dem Ausgleichs-Anspruch konkret gesagt werden, wie und wann der Ausgleich erfolgen soll¹⁾. Das schließt nicht aus, daß dem ausgleichspflichtigen herrschenden Unternehmen eine Wahlmöglichkeit eingeräumt wird, etwa in der Weise, daß grundsätzlich bis zu einem bestimmten Zeitpunkt des folgenden Jahres der Ausgleich in Geld erfolgen soll, aber gleichzeitig auch dem herrschenden Unternehmen die Möglichkeit eingeräumt wird, auf jede andere Art und Weise, die sich vermögensrechtlich auswirkt, den Ausgleich herbeizuführen. Es ist allerdings nicht mehr möglich, durch rückwirkende Nachteilsausgleichung den Nachteil zu beseitigen²⁾.

Der Ausgleichsanspruch muß in einer Form gewährt werden, die auch in der Bilanz eine aktivierungsfähige Forderung ist¹⁾.

¹⁾ vgl. auch Godin-Wilhelmi, § 311 Anm. 5, S. 1634 f

²⁾ Godin-Wilhelmi, a.a.O. S. 1635

Durch die Einbuchung dieser Forderung wird in der Gewinn- und Verlustrechnung der eingetretene Nachteil durch einen entsprechenden Ertrag ausgeglichen. Dadurch wird erreicht, den Jahresabschluß der abhängigen Gesellschaft frei zu halten von Benachteiligungen durch das herrschende Unternehmen oder ein mit diesem verbundenes Unternehmen.

Im Regierungsentwurf zum neuen Aktiengesetz war vorgesehen, daß Nachteile durch Vorteile innerhalb des gleichen Rechtsgeschäftes ausgeglichen werden müssen¹⁾. Eine derartige Vorschrift wäre praktisch undurchführbar gewesen und würde dem Verbot einer nachteiligen Einflußnahme auf die abhängige Gesellschaft gleichgekommen sein. Der Gesetzgeber ist dem Wirtschafts- und Rechtsausschuß gefolgt und sieht die Interessen, die durch §§ 311 ff gewahrt werden sollen, genügend geschützt, wenn Nachteile und Vorteile innerhalb einer Rechnungsperiode ausgeglichen werden; innerhalb eines Geschäftsjahres lasse sich dieser Ausgleich auch von der Verwaltung, den Prüfern und im Streitfall vom Gericht nachprüfen²⁾.

In diesem Sinne schreibt auch Gessler³⁾: "Es können nachteilige und vorteilhafte Geschäfte und Maßnahmen jeder Art miteinander ausgeglichen werden. Der Abrechnungszeitraum erstreckt

1) vgl. Begr. RegE zu § 311 Abs. 2, abgedruckt bei Kropff, S. 409; vgl. auch Rasch in: Richtige und falsche Wege, S. 43 f; Godin-Wilhelmi, § 311 Anm. 5, S. 1634 f

2) Ausschlußbericht zu § 311 Abs. 2, abgedruckt bei Kropff, S. 409. Anträge, darüber hinaus einen Ausgleich stets oder jedenfalls bei Konzernen innerhalb eines längeren und überschaubaren Zeitraumes zuzulassen, fanden jedoch im Wirtschafts- und Rechtsausschuß keine Zustimmung, vgl. Rasch, Konzernrecht, S. 143.

3) Probleme des Konzernrechts in: DB 1965, S. 1730

sich auf ein Geschäftsjahr, zu dessen Ende jeweils ein Saldo zu ziehen ist. Bei gewissen Geschäften (Sukzessiv-Lieferungsverträgen) oder Maßnahmen (Produktionsprogramme, Investitionen) wird sich der Nachteil oder der Vorteil über mehrere Jahre erstrecken. Es braucht m.E. im Jahre des Abschlusses der Vorahme weder der Nachteil oder Vorteil der Gesamtzeit tatsächlich ausgeglichen noch auch nur in den Abrechnungszeitraum einbezogen zu werden. Es genügt, wenn der Nachteil/der Vorteil jedes Jahr besonders erfaßt wird".

Soweit aber im Jahr des Vertragsabschlusses für einen Sukzessiv-Lieferungsvertrag eine Verlustrückstellung gebildet wird, muß ein Ausgleichsanspruch auch bereits in diesem Jahr gewährt und aktiviert werden¹⁾; denn der Zweck der Bestimmung des § 311 Abs. 1 erfordert, daß die ergebnismäßigen Auswirkungen einer Verlustrückstellung durch Aktivierung eines Ausgleichsanspruchs neutralisiert werden. Insoweit ist auch der Anspruch auf Ausgleich solcher Nachteile, die nicht zu einer Verlustrückstellung führen, bereits im Jahr des Vertragsabschlusses einzuräumen²⁾.

Es ist nicht zulässig, zum Ausgleich von gegenwärtigen Nachteilen zukünftige Vorteile, die nicht vertraglich zugesichert sind, oder frühere Vorteile heranzuziehen. Will das herrschende Unternehmen erreichen, daß gegenwärtige Vorteile mit späteren Nachteilen ausgeglichen werden können, so muß es das abhängige Unternehmen im Geschäftsjahr der Vorteilszuwendung vertraglich verpflichten, diesen Vorteil mit späteren Nachteilen auszugleichen³⁾. Das abhängige Unternehmen hat diese

¹⁾ Institut der Wirtschaftsprüfer, Fachtagung 1966, S. 75

²⁾ Ein Ausgleichsanspruch ist auch deshalb zu gewähren, weil andernfalls die Minderheitsaktionäre Gefahr laufen würden, geschädigt zu werden, wenn z.B. die Mehrheitsbeteiligung während der Laufzeit des Vertrages den Eigentümer wechselt.

³⁾ vgl. Begr. RegE zu § 312, abgedruckt bei Kropff, S. 411

Verpflichtung zu passivieren und den hierin liegenden Nachteil im Bericht anzugeben¹⁾. Da sich der tatsächlich gewährte Vorteil und die vertragliche Vereinbarung später ausgleichen, kann das abhängige Unternehmen für das Berichtsjahr die Erklärung abgeben, nicht benachteiligt worden zu sein. Das gleiche gilt, wenn das abhängige Unternehmen einen dem früheren Vorteil entsprechenden Nachteil erleidet. Es muß zwar an-
geben, einen Nachteil erlitten zu haben, es kann aber gleichzeitig darauf hinweisen, daß der Nachteil durch Aufrechnung mit dem zuvor erhaltenen Vorteil ausgeglichen worden sei²⁾.

Es stellt sich die Frage, was als ausgleichsfähiger Vorteil im Sinne des § 311 in Betracht kommt. Der ausgleichsfähige Vorteil ist seiner Art nach nicht näher bestimmt, er ist insbesondere nicht eingeschränkt, er muß jedoch in einem Rechtsanspruch bestehen³⁾.

Ein Rechtsanspruch ist nach § 194 BGB das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen. Das Tun ist jede denkbare Handlung, wie Zahlung, Abgabe einer Willenserklärung, Herausgabe, Herstellung eines Werkes usw. Unter Unterlassen ist jedes Nichthandeln, insbesondere das Dulden zu verstehen⁴⁾. Der Rechtsanspruch setzt ein Klagerecht voraus; der Vorteil muß deshalb einklagbar sein. Er muß einen Vermögenswert haben, da er zum Ausgleich von Nachteilen gewährt wird und Nachteile immer vermögensrechtlicher Natur sind.

1) Schubert in: BFuP 1966, S. 173

2) so auch Leo in: Die AG 1965, S. 358

3) vgl. auch Godin-Wilhelmi, § 311 Anm. 5, S. 1634 f;
Gessler in: DB 1965, S. 1731

4) für alle Palandt-Danckelmann, § 194, Anm. 1

Daraus folgt, daß rein tatsächliche Vorteile, wie insbesondere Vorteile aus einem Konzernverbund - sogenannte Reflexwirkungen aus einer Konzerneingliederung - nicht als Ausgleich für vertragliche Nachteile infrage kommen¹⁾. Moxter²⁾ bezeichnet diesen Umstand als "passive Konzernwirkung". Er versteht hierunter "alle Vor- und Nachteile, die sich für einen Betrieb allein aufgrund des Eingegliedertseins in einem Unternehmensverbund ergeben bei völliger Passivität der Konzernleitung". Die Anerkennung jedes tatsächlichen Vorteils - wie vorteilhafte Finanzierungen, Marktmacht aller Konzernglieder, größere Chancen auf dem Arbeitsmarkt, neue Absatzwege, Teilnahme an der Konzernforschung und Konzernwerbung - als Ausgleich für ein nachteiliges Rechtsgeschäft und eine nachteilige Maßnahme ist darauf angewiesen, den wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmensverbundes im ganzen in Rechnung zu stellen³⁾.

Zum gleichen Ergebnis kommt man auch, wenn man den vom Gesetzgeber gegebenen Maßstab der Fiktion des unabhängigen Unternehmens heranzieht⁴⁾. Das abhängige Unternehmen soll einem unabhängigen gleichgestellt werden. Die Minderheitsaktionäre und Gläubiger der abhängigen Gesellschaft sollen nicht schlechter gestellt werden, als sie sich bei einer Unabhängigkeit ihrer Gesellschaft stehen würden. Die durch den Konzernverbund erwirkten Vorteile können deshalb nicht als Nachteilsausgleich herangezogen werden. Wenn aber die abhängige Gesellschaft durch den Verbund nicht benachteiligt werden darf, ist es auch gerechtfertigt, wenn das herrschende Unternehmen verlangt,

1) Gessler in: DB 1965, S. 173 f; Filbinger, Die Schranken der Mehrheitsherrschaft, S. 61

2) Offene Probleme der Rechnungslegung bei Konzernunternehmen, in ZfHf 1961, S. 646

3) vgl. Mestmäcker, Verwaltung etc., S. 279

4) vgl. dazu S.82 f

die abhängige Gesellschaft von den Vorteilen eines Konzernverbundes auszuschließen¹⁾. Hierin liegt auch die Konsequenz des Gesetzgebers: Nicht nur unter dem Gesichtspunkt des etwaigen Schadens, sondern auch dem des etwaigen Vorteils soll die abhängige Gesellschaft einer unabhängigen kraft Fiktion gleichgestellt sein. Die hier angesprochenen tatsächlichen Vor- oder Nachteile aus dem Konzernverbund sind nicht zu verwechseln mit den quantifizierbaren Vor- oder Nachteilen aus dem Unternehmensverbund. Derartige Folgen können - wie zuvor ausgeführt - als Ausgleich herangezogen werden²⁾.

Strittig ist die Frage, ob ein ausgleichsfähiger Vorteil auch bilanzierungsfähig sein muß³⁾. Wenn man davon ausgeht, daß durch die Einräumung des Rechtsanspruchs auf einen ausgleichsfähigen Vorteil sichergestellt werden soll, Nachteile und Vorteile innerhalb einer Rechnungsperiode auszugleichen, so führt dies dazu, daß der Rechtsanspruch insoweit bilanzierungsfähig sein muß, als die Nachteile bereits eingetreten sind und sich bilanzmäßig ausgewirkt haben. Wirken sie sich dagegen erst künftig bilanzmäßig aus, so braucht der ausgleichsfähige Nachteil auch erst künftig bilanzierbar sein.

1) vgl. dazu Schubert in: BFuP 1966, S. 223

2) Als Beispiel führt Schubert (a.a.O., S. 228) an, daß eine Versicherungsgesellschaft der berichtspflichtigen Gesellschaft Rabatte auf Versicherungsprämien einräumt, weil alle anderen Konzerngesellschaften auch bei der Versicherung abschließen.

3) vgl. Gessler in: DB 1965, S. 1731; Würdinger, Aktien- und Konzernrecht, S. 311

2. Der Zeitpunkt für die Beurteilung von Rechtsgeschäften und Maßnahmen

Eine für die Praxis wichtige Frage ist, welcher Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtsgeschäfte und Maßnahmen hinsichtlich damit verbundener Vor- und Nachteile maßgebend ist, entweder der des obligatorischen oder der des dinglichen Geschäfts. Eng damit verbunden ist die Frage, zu welchem Zeitpunkt Rechtsgeschäfte angabepflichtig werden, zum Zeitpunkt ihres Abschlusses oder zum Zeitpunkt ihrer Erfüllung.

Die vom Vorstand am Schluß des Berichtes abzugebende Erklärung soll jene Umstände zur Grundlage haben, die ihm im Zeitpunkt bekannt waren, in dem das Rechtsgeschäft "vorgenommen" oder die Maßnahme "getroffen" oder unterlassen wurde, § 312 Abs. 3, Satz 1. Auf diese Umstände ist auch die Beurteilung der Angemessenheit und des Ausgleichs eventueller Nachteile durch den Abschlußprüfer abzustellen, § 313 Abs. 1 Nr. 2 und 3. Nach § 312 Abs. 1 ist unter den dort genannten Voraussetzungen zu berichten über Rechtsgeschäfte, die die Gesellschaft im vergangenen Geschäftsjahr "vorgenommen hat" und über alle anderen Maßnahmen, die sie im vergangenen Geschäftsjahr "getroffen oder unterlassen" hat.

Der Gesetzgeber läßt die Frage nach dem Zeitpunkt der Angabepflicht und der Beurteilung offen. Die Vornahme eines Rechtsgeschäftes und das Treffen einer Maßnahme kann sowohl die obligatorische als auch die dingliche Handlung umfassen¹⁾.

¹⁾ Goerdeler in: Wirtschaftsprüfung im neuen Aktienrecht, S. 125, führt aus, der Gesetzgeber habe bewußt das Wort "vorgenommen" gewählt, "weil die Aufgabe, die durch die Prüfung des Abhängigkeitsberichts erfüllt werden soll, nur durchgeführt werden kann, wenn der Verlauf der längerfristigen Verträge mit zu überprüfen ist".

Die Frage stellt sich nicht, wenn zwischen Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft zeitlich nur ein geringer Abstand liegt; denn man wird aus Gründen der einfacheren praktischen Handhabung von einer Berichterstattung über das Erfüllungsgeschäft absehen können, wenn sich aus der Angabe des Erfüllungsgeschäftes keine zusätzlichen Erkenntnisse für die Frage der Angemessenheit des Verpflichtungsgeschäftes entnehmen lassen. Das ist regelmäßig dann der Fall, wenn obligatorisches und dingliches Geschäft nicht weit auseinanderliegen oder zusammenfallen.

Aber auch, wenn man vom Sinn des Gesetzes ausgeht, kommt man zu der Lösung, daß der Zeitpunkt der Begründung der Rechtsgeschäfte oder des Entschlusses, Maßnahmen einzuleiten oder zu unterlassen, entscheidend ist. Ein erst bei Erfüllung des Rechtsgeschäftes und Ausführung der Maßnahme entstehender Nachteil, begründet etwa durch mittlerweile veränderte Verhältnisse auf den Absatz- oder Beschaffungsmärkten des Unternehmens, ist im Hinblick auf die Erfassung im Abhängigkeitsbericht unerheblich, und zwar aus folgenden Gründen:

Zum Zeitpunkt der obligatorischen Handlung wird sich nicht immer mit Sicherheit feststellen lassen, ob ein Geschäft oder eine Maßnahme zwischen dem herrschenden und abhängigen Unternehmen wertneutral, vorteilhaft oder nachteilig ist. Falls der Vorstand der abhängigen Gesellschaft nicht vorhersehbare Nachteile bei Berechnung der Angemessenheit im Zeitpunkt der dinglichen Vornahme berücksichtigen müßte, wäre ein solcher Ausgleich von Vorteilen und Nachteilen eine Bestimmung über den Erfolg oder Mißerfolg der Unternehmenspolitik innerhalb des Unternehmensverbundes. Die Bewertung zum Zeitpunkt des dinglichen Geschäfts wäre gleichfalls die Begutachtung einer unternehmerischen Entscheidung. Das kann der Gesetzgeber jedoch nicht beabsichtigt haben.

Aus der Erklärung des Vorstandes im Geschäftsbericht zum Inhalt des Abhängigkeitsberichtes soll deutlich werden, daß vom Vorstand nicht verlangt wird, nur solche Handlungen durchzuführen, deren Ergebnis im voraus übersehen und berechnet werden kann. Er muß bei der Erklärung nur die Umstände berücksichtigen, die ihm im Zeitpunkt der obligatorischen Vornahme bekannt waren¹⁾.

Eine Abstellung auf den Zeitpunkt des obligatorischen Geschäfts schließt jedoch nicht aus, daß der Vorstand bei der Beurteilung der Angemessenheit der Gegenleistung auch eine zukünftige Entwicklung, die einen augenblicklichen Vorteil zum Nachteil auswirken läßt, berücksichtigen muß, falls eine derartige Entwicklung bei Abschluß des Geschäftes den Umständen entsprechend voraussehbar war.

Demgegenüber stellt Rasner²⁾ die Aufführungspflicht und Beurteilung der Rechtsgeschäfte und Maßnahmen sowohl auf die obligatorische als auch auf die dingliche Handlung ab, weil einmal der Zeitpunkt des obligatorischen Geschäfts weit zurückliegen könne, und weil zum anderen erst bei der Erfüllung sich zeige, ob tatsächlich ein Nachteil entstanden sei oder nicht³⁾. Unabhängig von den zuvor gegebenen durchgreifenden Bedenken wäre eine wiederholte Berichterstattung bei Rechtsgeschäften und Maßnahmen, deren Vornahme und Erfüllung mehr als ein Jahr - dem Zeitabschnitt der Berichterstattung - auseinander liegen, unumgänglich.

1) so Godin-Wilhelmi, § 312, Anm. 6, S. 1644

2) in: BB 1966, S. 1046

3) so auch Goerdeler in: Wirtschaftsprüfung im neuen Aktienrecht, S. 125

Die Klarheit und Übersichtlichkeit des Abhängigkeitsberichtes würde in nicht vertretbarer Weise leiden, wenn jede einzelne dingliche Erfüllungshandlung eines Rechtsgeschäftes bzw. einer Maßnahme berichtspflichtig und zu bewerten wäre. Schwer überwindbare organisatorische Schwierigkeiten würden die Aufstellung eines Berichts unnötig erschweren.

3. Der Maßstab für die Beurteilung der Angemessenheit der Leistung und Gegenleistung sowie der Vor- und Nachteile

a) Die Fiktion des unabhängigen Dritten

Für die Beurteilung, ob Leistung und Gegenleistung bei Rechtsgeschäften angemessen bzw. Maßnahmen für die abhängige Gesellschaft vorteilhaft oder nachteilig sind, geht das Gesetz von der Fiktion einer unabhängigen Gesellschaft aus; denn nach der Bestimmung des § 317 Abs. 2 tritt die Ersatzpflicht des herrschenden Unternehmens für einen Schaden, der aufgrund eines von ihm veranlaßten Rechtsgeschäftes oder einer von ihm veranlaßten oder verhinderten Maßnahme entstanden ist, nicht ein, wenn auch ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsführer einer unabhängigen Gesellschaft das Rechtsgeschäft vorgenommen oder die Maßnahme getroffen oder unterlassen hätte. Aus dieser Bestimmung über die Schadenersatzleistung wegen unterlassener Nachteilsausgleichung läßt sich - obwohl das Gesetz in § 311 darüber nichts sagt - der Schluß ziehen, daß eine Gegenleistung immer dann angemessen, ein Nachteil also nicht entstanden ist, wenn ein unabhängiger Dritter das Geschäft unter den gleichen Bedingungen abgeschlossen bzw. die Maßnahmen unter den gleichen Umständen getroffen hätte¹⁾.

¹⁾ Schubert in: BFuP 1966, S. 223

Die fremde Gesellschaft müßte aber insofern vergleichbar sein, als sie eine ähnliche wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, sowie das gleiche Produktionsprogramm und eine ähnliche Betriebsgröße haben muß. Die Beurteilung einer vergleichbaren Gesellschaft muß die gleichen Marktverhältnisse, d.h. die gleichen Marktchancen und die gleiche Beurteilung im freien Markt haben. Es liegt auf der Hand, daß sich ein derartiges Unternehmen nur in Ausnahmefällen als Vergleichsmaßstab anbietet¹⁾.

b) Die Durchführbarkeit der gesetzlichen Fiktion

Es fragt sich deshalb, ob der Maßstab der Fiktion des unabhängigen Unternehmens überhaupt anwendbar ist. Als Anhaltspunkt für die Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung bei der gesetzlichen Fiktion bietet sich an erster Stelle der Marktpreis an - ein Preis, den grundsätzlich auch ein unabhängiger Dritter zahlt - , soweit für den zwischen dem abhängigen und dem herrschenden bzw. verbundenen Unternehmen gehandelte Artikel ein Marktpreis²⁾ besteht. Marktpreise können aber innerhalb eines Konzerns insoweit nicht immer maßgebend sein, als konzerninterne besondere Verhältnisse - wie Vollauslastung der Kapazität aufgrund von Konzernaufträgen oder die Garantie eines gesicherten Absatzes - Vorteile erbringen, die vielleicht einen niedrigeren als den Marktpreis rechtfertigen³⁾. Ein ungünstiger Konzernverkaufspreis kann z.B. auch dadurch ausgeglichen sein, daß sich das herrschende Unternehmen

1) vgl. Schubert, a.a.O., S. 226 f

2) vgl. dazu und zum folgenden auch Meier in: Bericht über die Fachtagung 1966, S. 89, "Abhängigkeitsbericht" nach neuem Aktienrecht in: Institut der Wirtschaftsprüfer, Arbeitstagung 1966, S. 74

3) vgl. Godin-Wilhelmi, § 311 Anm. 3, S. 1632; Leo in: Die AG 1965, S. 357; Schmidt, Beiträge zur Aktienrechtsreform, S. 55

oder ein von diesem veranlaßtes drittes Unternehmen verpflichtet, ein unentgeltliches oder nur zu niedrigen Lizenzgebühren zu benutzendes Know-how zur Verfügung zu stellen. Ebenso können der abhängigen Gesellschaft günstige Finanzierungsmöglichkeiten geboten werden, die ein unabhängiger Dritter nicht erhält.

Der Maßstab des Marktpreises ist weiter dort fragwürdig, wo für das gleiche Erzeugnis die unterschiedlichsten Rabatte und Preisnachlässe gewährt werden. Wenn für das Produkt von dem herrschenden Unternehmen beträchtliche Entwicklungsaufwendungen gemacht worden sind, wenn das Vormaterial von einem Konzernunternehmen bezogen wird, oder wenn nur geringe Spitzen eines Erzeugnisses für ein anderes Konzernunternehmen auf dem freien Markt gehandelt werden, können die Marktpreise ebenfalls keine genauen Anhaltspunkte geben¹⁾.

Für diese Beispiele ist der gesetzlich gegebene Vergleichsmaßstab des § 317 Abs. 2 schwer anwendbar, da ein vergleichbares unabhängiges Unternehmen für diese Spezialfälle nur selten besteht.

Die Schwierigkeiten der Bestimmung der Angemessenheit der Leistung und Gegenleistung unter Heranziehung der Fiktion der unabhängigen Dritten zeigen sich deutlich an den sog. Konzernverrechnungspreisen. Die Abrechnung nach Konzernverrechnungspreisen bringt besonders die Gefahr mit sich, daß das abhängige Unternehmen keine angemessene Gegenleistung erhält. Falls der Konzernverrechnungspreis niedriger als der Marktpreis ist, braucht ein solcher Preis aber dann nicht eine unangemessene Gegenleistung zu sein, wenn sich etwa das herrschende Unternehmen zu einer langfristigen Sicherung der Bezüge an Rohstoffen oder zum Absatz der Erzeugnisse verpflichtet. Konzernverrechnungspreise werden gewöhnlich auf langer Sicht gleich

¹⁾ vgl. dazu Westerfelhaus-Glade, Verdeckte Gewinnausschüttung, S. 134 f

hoch gehalten; sie weichen insoweit häufig von Marktpreisen ab, die Preisschwankungen unterliegen¹⁾. Es ist nicht Aufgabe dieser Untersuchung, auf die betriebswirtschaftlichen Probleme, die dem Verrechnungspreis innewohnen, im einzelnen einzugehen. Es wird insoweit auf die einschlägige Literatur verwiesen²⁾.

- c) Die Bestimmung der Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung bei Fehlen eines neutralen Drittgeschäftes

Wenn ein Markt- und Verrechnungspreis nicht vorhanden sind, muß die Gegenleistung für ein Rechtsgeschäft im Sinne des § 312 auf andere Art und Weise vereinbart werden. Die betriebswirtschaftliche Kostenrechnung³⁾ kann für die Frage der Angemessenheit zu Rate gezogen werden; die gesetzliche Fiktion des unabhängigen Dritten hilft hier wenig.

1) vgl. Albach, Korreferat: Die Rechtsverhältnisse verbundener Unternehmen, in: NB 1966, S. 205

2) Beste, Artikel "Verrechnungspreis" in: HdB, Sp. 5806 ff; Heinen, Betriebswirtschaftliche Kostenlehre, Bd. I, S. 74 ff; Everling, Interne Preisbildung bei Lieferung gleicher Erzeugnisse an externe und interne Abnehmer in: BFuP 1963, S. 446 ff; Hahn, Handels- und steuerrechtliche Zulässigkeit von Konzernverrechnungspreisen in: BFuP 1965, S. 342 ff u. S. 438 ff; Schäfer, Die Unternehmung, S. 307 f u. S. 400

3) vgl. dazu u.a. Kosiol, Kostenrechnung; Heinen, Betriebswirtschaftliche Kostenlehre, Bd. 1; Schmalenbach, Kostenrechnung und Preispolitik

Es ist nicht zulässig, die Vereinbarung über die Höhe von Leistung und Gegenleistung je nach Belieben zu hoch oder zu niedrig anzusetzen. Der vereinbarte Preis kann immer dann in einem angemessenen Rahmen liegen, wenn mindestens die Kostendeckung erreicht ist und darüber hinaus das gehandelte Produkt einen positiven Deckungsbeitrag für die abhängige Gesellschaft liefert.

Ausschlaggebend für die Bestimmung der Angemessenheit von Leistungen, die an einem Marktpreis nicht gemessen werden können, ist die Bewertung der Leistung, unabhängig davon, ob etwa aufgrund der Kostenrechnung Zahlenmaterial vorliegt, oder ob vorliegende Zahlen verwertbar sind oder nicht. Für die Bewertung hat die Betriebswirtschaftslehre ins einzelne gehende Methoden entwickelt, die mit Hilfe bestimmter Anhaltspunkte zu einem brauchbaren Wert führen sollen. Jede dieser Methoden hat jedoch seine eigenen Schwierigkeiten und Gefahren. Grundlage aller Bemühungen um eine gerechte Wertfindung ist es jedoch, Zufälle zu vermeiden und subjektive Wertschätzungen auszuschließen. Das Ziel ist der gemeine Wert. Er stellt den Wert dar, den das Wirtschaftsgut nach objektiven Grundsätzen für jedermann hat¹⁾.

¹⁾ vgl. Wall, Artikel "Teilwert" in: Handwörterbuch der Betriebswirtschaft, Bd. III, Spalte 5392 ff mit Literaturhinweisen

Einer Beurteilung der Angemessenheit des frei vereinbarten Preises ist die Kapazitätsauslastung der abhängigen Gesellschaft zugrunde zu legen. Ist das liefernde Unternehmen voll ausgelastet, ist ein Gewinnabschlag vorzunehmen, und zwar unabhängig von der etwaigen Folge einer Gewinnschmälerung des das Rechtsgeschäft veranlassenden herrschenden Unternehmens. Wird die Kapazität der Gesellschaft nur zum Teil ausgenutzt, muß der vereinbarte Preis mindestens die Kostendeckung zur Folge haben¹⁾.

Ein Vergleich mit Werten der Vergangenheit kann ebenso Hilfsmittel der Bewertung sein, wie eine Erfolgsvorschaurechnung und ein Finanzplan Hinweise für die Angemessenheit geben können.

Maßgebend für die Feststellungen des angemessenen Wertes eines Rechtsgeschäftes zwischen herrschender und abhängiger Gesellschaft wird immer das dem Geschäft zugrunde liegende Motiv sein. Bei wertmäßig schwer erfaßbaren Handlungen kann sich die Beurteilung nicht nur auf klar zutage tretende Merkmale beschränken, sondern sie muß den Zweck des Geschäfts, ihre beabsichtigte Wirkung mit einbeziehen. Wenn der Vorstand der abhängigen Gesellschaft aus seiner Kenntnis der Struktur des Geschäftes die Handlung wirtschaftlich stichhaltig und widerspruchsfrei begründen und belegen kann, wird eine Bewertung des Geschäfts auf dessen Angemessenheit in den meisten Fällen möglich sein.

¹⁾ vgl. Albach in: NB 1966, S. 205

Aus den beispielhaften Hinweisen ist zu ersehen, daß für den Wert von Leistung und Gegenleistung lediglich ein Rahmen gesteckt werden kann; eine genaue Schätzung der Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung ist nur in Ausnahmefällen möglich.

d) Die Bewertung von Maßnahmen

Noch schwieriger ist die Beurteilung der Frage, ob aufgrund einer durch das herrschende Unternehmen angewiesenen Maßnahme ein Vor- oder Nachteil für die berichtspflichtige Gesellschaft entstanden ist. Schwer zu bewerten ist etwa die Anweisung an das abhängige Unternehmen, den bisherigen Lieferantenstamm aufzugeben und sich anstelle dessen konzerneigener Betriebe zu bedienen. Auch wenn das herrschende Unternehmen die gleichen Preise wie die bisherigen Lieferanten zubilligt, könnender angewiesenen Gesellschaft dadurch, daß sie nicht mehr den freien Wettbewerb unter den bisherigen Lieferanten nutzen kann, Nachteile, aber auch Vorteile aufgrund einer gesicherten Lieferbeziehung erstehen, die nicht oder nur schwer zu ermitteln sind.

Maßnahmen, welche die Lenkung von Investitionen und Finanzen zum Inhalt haben, sind besonders problematisch in ihrer Beurteilung auf Angemessenheit. Es wird in diesen und ähnlichen Fällen nicht möglich sein, zu beurteilen, wie sich das Unternehmen unabhängig vom herrschenden entwickeln würde¹⁾.

¹⁾ im einzelnen dazu Schubert, Zur Berichtspflicht über Beziehungen etc. in: ZFuP 1966, S. 224

Die aufgezeigten Möglichkeiten der Bewertung von Rechtsge-
schäften und Maßnahmen zeigen, daß die Betriebswirtschafts-
lehre keine Methode kennt, die Angemessenheit von Leistung
und Gegenleistung bzw. von Vor- und Nachteilen in jedem Fall
sicher zu bestimmen. Mit Recht weist aber Kropff¹⁾ darauf hin,
daß eine sichere Bestimmung auch nicht erforderlich ist. Nach
§ 313 hat der Abschlußprüfer zu untersuchen, ob die Leistung
der Gesellschaft nicht "unangemessen hoch" war. Danach genügt
es, wenn die Bedingungen eines Geschäftes vertretbar sind²⁾.
Die Frage der Angemessenheit ist eine Bewertungsfrage und be-
darf deshalb eines Spielraums. Es ist nicht Zweck der Bestim-
mungen der §§ 311 ff, einen absoluten Wertausgleich zu erreichen.
Entscheidend ist die Frage, ob Leistung und Gegenleistung in
einem durch vernünftige kaufmännische Überlegungen vertretbaren
Verhältnis zueinander stehen³⁾. Es muß der Forschung⁴⁾ und der
Praxis der Zukunft vorbehalten sein, ein Bewertungsprinzip zu
erarbeiten, das dem Sinn der Vorschriften der §§ 311 ff am
besten entspricht.

1) in: Bericht über die Fachtagung 1966, S. 128

2) vgl. § 313, Begr. RegE, abgedruckt bei Kropff, S. 414

3) Gessler, in: Festschrift für W. Schmidt, S. 267

4) Albach, Die Rechtsverhältnisse verbundener Unternehmen in:
NB 1966 S. 204 ff unterscheidet zwischen dem direkten und
indirekten Verfahren zur Beurteilung der Angemessenheit von
Leistung und Gegenleistung. Bei der direkten Methode soll
jede Einzelleistung auf ihre Angemessenheit geprüft werden;
bei der indirekten Methode soll eine Gesamtbetrachtung aller
in einer Periode vorgenommenen Handlungen bei der Prüfung
der Angemessenheit durchgeführt werden. Danach ist eine Ge-
genleistung dann angemessen, wenn der Ertragswert des Unter-
nehmens am Ende der Periode unter Berücksichtigung von Lei-
stung und Gegenleistung nicht kleiner ist als der Ertrags-
wert ohne Berücksichtigung von Leistung und Gegenleistung.
In seiner Stellungnahme zu dem Vorschlag von Albach weist
jedoch Gessler (in: NB 1966, S. 207) darauf hin, daß es
Sinn des § 312 ist, jeden einzelnen Eingriff auf seine nach-
teilige Wirkung zu untersuchen. Dem Einwand von Gessler
ist zuzustimmen. Außerdem kann sich bei der indirekten Me-
thode der Angemessenheitsprüfung das herrschende Unterneh-
men auf Kosten der abhängigen Gesellschaft Vorteile ver-
schaffen, soweit es den Unternehmenswert der abhängigen Ge-
sellschaft nicht angreift. Schließlich ist es sehr umstritten
in der Betriebswirtschaft, wie der Unternehmenswert überhaupt
berechnet werden kann.

V. Die Problematik der gesetzlichen Fiktion auf dem Gebiet des Steuerrechts

Für die Beurteilung der Angemessenheit drängt sich die Parallele zu dem im Steuerrecht entwickelten Begriff der verdeckten Gewinnausschüttung auf. Der steuerrechtliche Begriff "verdeckter Gewinn" kann Wertmaßstab sein für den Begriff "Nachteil" im Sinne des § 311.

1. Die verdeckte Gewinnausschüttung im Handelsrecht

Die verdeckte Gewinnausschüttung ist als rechtlicher Tatbestand auf das Bestreben von Kapitalgesellschaften zurückzuführen, der doppelten Besteuerung von Gesellschaft und Gesellschafter zu entgehen. Der Gewinn, der z.B. der Körperschaft- und Gewerbeertragsteuer als Bemessungsgrundlage dient, soll nicht ausgewiesen und so der Besteuerung entzogen werden.

Der Gewinn wird aus diesem Grunde nicht offen, sondern z.B. auf dem Wege über Kauf-, Anstellungs-, Miet- oder Darlehensverträge an die Gesellschafter verteilt. Die Parallele zu dem Verhältnis herrschendes-abhängiges Unternehmen ist insoweit gegeben, als das herrschende Unternehmen das abhängige zu- für dieses und deren Aktionäre und Gläubiger nachteiligen Geschäften veranlassen kann. Wie bei der verdeckten Gewinnausschüttung besteht die Gefahr, daß das Eigenkapital, welches den Gläubiger als Haftungskapital dient, angegriffen wird, und daß die Aktionäre eine den tatsächlichen Ertrag nicht entsprechende Dividende erhalten. Auch die verdeckte Gewinnausschüttung geht auf ein Verhalten zurück, das zwischen fremden, unabhängigen Kaufleuten nicht üblich ist, und das deshalb die Selbständigkeit der Gesellschaft vernachlässigt¹⁾.

¹⁾ vgl. Flaenger: Verdeckte Gewinnausschüttung und das Problem ihrer Erfassbarkeit, S. 4; auch RFH vom 14.2.1934 in Stuw 1934, S. 360

Es ist naheliegend, daß Rechtsgeschäfte, die einer verdeckten Ausschüttung von Gewinnen zugrunde liegen, nicht nur von steuerlicher Bedeutung sind, sondern gleichfalls Auswirkungen auf die handelsrechtlichen Beziehungen haben können, und somit auch Anhaltspunkt für die Bemessung von Leistung und Gegenleistung sowie Vor- und Nachteil sein können. Im folgenden sollen die handelsrechtlichen Merkmale der verdeckten Gewinnausschüttung herausgearbeitet werden, um einen Vergleichsmaßstab für die Bewertung von Leistung und Gegenleistung sowie von Vor- und Nachteilen zu finden:

Auch bei der verdeckten Gewinnausschüttung läßt sich kein umfassender Begriff finden, der sämtliche Möglichkeiten der verdeckten Gewinnausschüttung in ein festes Schema bringt. Die Steuergesetzgebung hat keine Erläuterung des Begriffs gegeben, da die Unübersehbarkeit der vielen Erscheinungsformen eine für die Gesetzgebung notwendig knappe Formulierung unmöglich macht¹⁾. Die Vorstellung, die heute über die verdeckte Gewinnausschüttung besteht, ist vor allem einer ausgiebigen und weitgehenden Erläuterung durch die Rechtsprechung des Reichs- und Bundesfinanzhofes zu verdanken²⁾.

Für den Begriff der verdeckten Gewinnausschüttung lassen sich lediglich Grundelemente aufzeichnen. Im folgenden wird von den Teilbegriffen

1. "Gewinn",
2. "Ausschüttung" und
3. "verdeckte Ausschüttung"

ausgegangen.

¹⁾ vgl. Bengs, Die Besteuerung verdeckter Ausschüttungen und verdeckter Gewinnausschüttungen bei Kapitalgesellschaften in: ZfHf 1938, S. 58; Westerfelhaus-Glade, Verdeckter Gewinn als steuerliches und betriebswirtschaftliches Problem, S. 15; Steinberg, Kapitalgesellschaft und Gesellschafter, S. 39

²⁾ aus der Fülle der Urteile z.B. RFH vom 18.11.1937 in StuW 1938, Sp. 154-160; BFH vom 22.4.1964 in BStBl, Teil III, 1964, S. 370

a) Der Teilbegriff "Gewinn"

Die Betriebswirtschaft geht bei der Bestimmung des Gewinnbegriffs von unterschiedlichen Zwecksetzungen aus: Einmal steht die Erhaltung des ursprünglich investierten Kapitals - die geldwirtschaftliche Betrachtungsweise -, zum anderen die Erhaltung der Substanz - die güterwirtschaftliche Betrachtungsweise - im Vordergrund.

Verfechter der Kapitalerhaltung ist an erster Stelle Rieger¹⁾. Nach ihm sind alle Vermögenswerte, die nicht zur Sicherstellung des ursprünglich investierten Geldkapitals benötigt werden, als Gewinn anzusehen. Rieger trifft damit keine Unterscheidung, ob der Gewinn aus einer Umsatz- oder einer Vermögenswertänderung herrührt²⁾. Für ihn ist jede Geldwertschwankung ein Risiko, die bei der Gewinnermittlung nicht berücksichtigt werden darf³⁾.

Eng verbunden mit der Auffassung Rieger's ist die von Schmalenbach⁴⁾. Nach ihm entspricht der Gewinn der Leistung, gemindert um die Aufwendungen, die an den Einnahmen bzw. Ausgaben bemessen werden. Im Gegensatz zu Rieger, der Kaufkraftschwankungen des Geldes außer acht läßt, strebt Schmalenbach eine Kapitalerhaltung in Einheiten einer gleichen Kaufkraft an. Beide gehen aber von einer Kapitalerhaltung im Sinne einer bestimmten Geldsumme aus⁵⁾.

1) Rieger, Einführung in die Betriebswirtschaftslehre

2) Rieger, a.a.O., S. 252 ff

3) Rieger, a.a.O., S. 17 ff

4) Schmalenbach, Dynamische Bilanz

5) vgl. auch Hax, K.: Die Substanzerhaltung der Betriebe, S. 17

Demgegenüber steht die Auffassung von Schmidt¹⁾, der bei der Gewinnermittlung von der Erhaltung der Substanz ausgeht. Der Reinerfolg des Unternehmens sei der Rest, "der vom Verkaufserlös der umgesetzten Güter verbleibt, nachdem alle Ersatzbeträge für die am Umsatztage zur Erzeugung des Produkts notwendige Kostenmenge zum Beschaffungswert des Umsatztages abgezogen sind". Vom Erfolg könne nur gesprochen werden, "wenn die Unternehmung durch den Erlös aus ihren Waren mindestens in der Lage ist, ihre relative Stellung in der Produktion der Gesamtwirtschaft zu behaupten"²⁾, ³⁾.

Bei der Bestimmung des handelsrechtlichen Gewinnbegriffs sind unterschiedliche Schutzbedürfnisse zu berücksichtigen, einmal das Interesse der Gesellschafter, zum anderen das Interesse der Gesellschaft und der Gläubiger. Die Gesellschafter haben nach dem Aktiengesetz (§ 57 Abs. 1 Satz 1) einen Anspruch auf den in der Bilanz ausgewiesenen Bilanzgewinn. Die Gesellschaft und die Gläubiger sind interessiert an der Erhaltung und dem Fortbestehen des Unternehmens und der Haftungssubstanz. Da der Gewinn nicht von den Gesellschaftern - den Aktionären - , sondern von der Unternehmensverwaltung ermittelt wird, muß

¹⁾ Schmidt, F., Die organische Tageswertbilanz

²⁾ Schmidt, a.a.O., S. 139

³⁾ Gehen die bisher angeführten Autoren von rein sachlichen Überlegungen aus, so stehen bei Nicklisch (Organisation, S. 99) ethische, wertende, verteilungspolitische Gesichtspunkte bei der Bestimmung seines Gewinnbegriffes im Vordergrund. Nach ihm ist der Gewinn "der noch nicht verteilte Teil des Ertrages. Er enthält die Beträge für die Unternehmungs- und Kapitalsicherung, für die Verzinsung des eigenen Kapitals, den Unternehmerlohn und die Gewinnanteile aller Arbeitenden", Nicklisch, Wirtschaftliche Betriebslehre, S. 218

dafür gesorgt werden, daß der Gewinn in seiner Höhe nicht willkürlich angesetzt wird. Dem Aktionär ist daran gelegen, einen der Ertragslage entsprechenden Gewinn zu erhalten. Daneben ist die Berücksichtigung der eigentlichen unternehmerischen Belange erforderlich. Es ist selbstverständlich, daß nicht immer der tatsächlich erwirtschaftete Gewinn ausgeschüttet werden kann; ein Teil des Gewinnes muß dem Unternehmen erhalten bleiben, um etwaigen Krisen und finanziellen Rückschlägen vorzubeugen.

Bei der Bestimmung des handelsrechtlichen Gewinnes ist davon auszugehen, daß ein solcher nur entsteht, wenn das Gesellschaftsvermögen am Ende der Gewinnperiode das Aktienkapital und die Reservefonds übersteigt¹⁾. Der handelsrechtliche Gewinnbegriff ist keine betriebswirtschaftlich festgesetzte Größe²⁾. Die handelsrechtlichen Bestimmungen lassen die Bildung von stillen Reserven zu Lasten des Gewinnes zu. Sie gestatten grundsätzlich das Entstehen stiller Rücklagen³⁾ und verbieten diese nur, soweit sie wider die Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung, also willkürlich, gebildet werden⁴⁾.

1) vgl. Egger, Das Dividendenbezugsrecht des Aktionärs, S. 25

2) Ballerstedt, Kapital, Gewinn und Ausschüttung, S. 158

3) für alle RG vom 5.10.1937 in: RGZ 116, S. 119

4) Näheres dazu: Dietzen, Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung für stille Reserven

Da diese Grundsätze jedoch sehr weit gefaßt werden, sind die Grenzen der handelsrechtlichen Bewertung sehr flüssig.

Der handelsrechtliche Gewinn ist also weder begrifflich noch tatsächlich eine betriebswirtschaftlich feste Größe¹⁾. Nach Hefermehl²⁾ ist er der Teil des Vermögens einer Gesellschaft, der nach Auffassung der Geschäftsleitung für die weitere Fortführung des Unternehmens entbehrlich und zu verteilen ist. Im Gegensatz hierzu wird bei der verdeckten Gewinnausschüttung - wie noch auszuführen ist - selbst unter Gefährdung der Existenz des Unternehmens eine Verteilung vorgenommen.

Eine gewisse Einschränkung erfährt der Gewinn durch die Bewertungsvorschriften des neuen Aktiengesetzes³⁾. Die §§ 153 bis 155 sollen die Bildung stiller Reserven einschränken. Da es sich jedoch im Gesetzestext zu den Bestimmungen über Wertansätze der Gegenstände des Umlaufvermögens um dehnbare Formulierungen wie "vernünftige kaufmännische Beurteilung"⁴⁾ und "für die nächste Zukunft" handelt, wird dem handelsrechtlichen Gewinnbegriff auch dadurch ein weit gefaßter Ermessensspielraum belassen.

1) Ballerstedt, a.a.O., S. 158

2) Zuwendungen aus dem Gewinn, in: DB 1954, S. 1039

3) vgl. dazu im einzelnen Vorbem. zu §§ 153-156, Begr. RegE und Ausschuß, abgedruckt bei Kropff, S. 237 ff

4) § 155 Abs. 3 Nr. 1; die Vorschrift lautet: "Die Gegenstände des Umlaufvermögens dürfen mit einem niedrigeren Wert angesetzt werden, soweit der niedrigere Wertansatz bei vernünftiger kaufmännischer Beurteilung notwendig ist, um zu verhindern, daß in der nächsten Zukunft der Wertansatz dieser Gegenstände aufgrund von Wertschwankungen geändert werden"

b) Der Teilbegriff "Ausschüttung"

Begriffliche Voraussetzungen für die Ausschüttung sind folgende: Einmal muß eine Ausschüttung in der Weise vorgenommen sein, daß dem Reinvermögen der Gesellschaft Werte entzogen werden¹⁾. Weiter muß eine Vorteilsgewährung an die Gesellschafter vorliegen²⁾, d.h. die Leistungen der Gesellschaft müssen auf gesellschaftlicher Beziehung beruhen. Von einer Ausschüttung - sei es (verdeckte) Gewinnausschüttung, sei es Ausschüttung der Substanz - kann nur dann gesprochen werden, wenn das Reinvermögen der Gesellschaft zugunsten der Gesellschafter vermindert wird³⁾.

Bei der Frage, ob eine Ausschüttung vorliegt, ist schließlich zu prüfen, ob die Leistung der Gesellschaft ohne entsprechende Gegenleistung erfolgt. Es ist demnach entscheidend, ob die Gesellschafter für die empfangene Leistung eine wertgleiche Gegenleistung erbracht haben⁴⁾. Zur Klärung der Frage, ob Leistung und Gegenleistung sich ausgleichen, ist ausschlaggebend, ob die Leistung einem fremden Dritten unter gleichen Bedingungen gewährt worden wäre⁵⁾. Ist dies nicht der Fall, so ist anzunehmen, daß eine Ausschüttung vorliegt.

1) Heuer, Kommentar zur Einkommensteuer etc., § 6, Anm. 37; BFH vom 1.4.1952 in: DB 1952, S. 547

2) vgl. Felix, Verdeckte Gewinnausschüttung an Nichtgesellschafter in: Steuerberaterjahrbuch 1954/1955, S. 278; RFH vom 18.11.1937 in: StuW 1938, Sp. 154

3) vgl. Krollmann, Grundlagen der verdeckten Gewinnausschüttung in: Die AG 1962, S. 296; Spitaler, Das Wesen der verdeckten Gewinnausschüttung in: DB 1948, S. 148

4) vgl. Trumpler, Die Bilanz der Aktiengesellschaft, S. 152; Brönner, Die Bilanz nach Handels- und Steuerrecht, S. 138

5) BFH vom 22.4.1964 in: FR 1964, S. 481; vom 28.10.1964 in: DB 1965, S. 312 f

Es ist zu unterscheiden zwischen einer Ausschüttung von Gewinn einerseits und der Ausschüttung von Substanz andererseits. Beide Fälle der Ausschüttung werden im Zusammenhang mit einer verdeckten Gewinnausschüttung unter einem Begriff der "Ausschüttung" zusammengefaßt. Es wird demnach selbst dann von einer verdeckten Gewinnausschüttung gesprochen, wenn kein Gewinn ausgeschüttet wird, d.h. man faßt unter dem Begriff der verdeckten Gewinnausschüttung sowohl Ausschüttungen zu Lasten des Ergebnisses als auch der Substanz zusammen¹⁾.

c) Die Begriffseinheit "verdeckte Ausschüttung"

Die Gewinne werden in der Regel in der Bilanz als solche ausgewiesen und aufgrund eines Gesellschafterbeschlusses an die Anteilseigner verteilt. Die Gewinne lassen sich jedoch auch verdeckt ausschütten, d.h. ohne in der Bilanz in Erscheinung zu treten, werden sie an die Gesellschafter verteilt, z.B. um einer Mehrheit zu Lasten einer Minderheit einen Vorteil zu verschaffen oder, um eine Besteuerung zu vermeiden.

Die verdeckte Ausschüttung erfolgt innerhalb des Leistungsaustausches zwischen Gesellschaft und Gesellschafter; dazu sind verschiedenste Rechtsgeschäfte, wie Kaufverträge, Darlehensgewährungen, Dienstleistungen usw., möglich.

¹⁾ vgl. Heuer, Kommentar zur Einkommensteuer etc., § 6, Anm. 7; RFH vom 26.2.1936 in: StuW 1936, Sp. 702 ff; RFH vom 23.2.1938 in: StuW 1938, Sp. 369

Innerhalb eines Rechtsgeschäftes soll ein Vertragspartner (der Gesellschafter) begünstigt werden¹⁾, indem ihm ein besonderer Vorteil zugewandt wird. Äußerlich besteht unter diesen Bedingungen kein Unterschied zu einem anderen - normalen - schuldrechtlichen Verhältnis; die Motive allein lassen den tatsächlichen Sachverhalt erkennen. Bei der Beurteilung eines solchen Rechtsgeschäfts sind daher nicht die äußeren, sondern die wirtschaftlichen Tatbestände zugrunde zu legen²⁾. Ein "Darlehen" an einen Gesellschafter, welches letztlich nicht zurückgezahlt werden muß³⁾, kann rechtlich oder betriebswirtschaftlich nicht als Darlehen angesehen werden. Es liegt kein Darlehensvertrag, sondern ein Fall der verdeckten Gewinnausschüttung vor.

Nach Ballerstedt⁴⁾ ist das Rechtsgeschäft der verdeckten Gewinnausschüttung in einen schuldrechtlichen und einen gesellschaftsrechtlichen Teil zu zerlegen. So ist z.B. das überhöhte Gehalt eines Geschäftsführers, der gleichzeitig Gesellschafter ist, in der Höhe, in der es der Dienstleistung des Gesellschafters entspricht, als schuldrechtlicher Teil anzusehen. Der Betrag aber, der über die angemessene Höhe hinausgeht, ist verdeckte Ausschüttung von Gewinn und somit der gesellschaftsrechtliche Teil.

1) vgl. Kohlenbach, Verdeckte Gewinnausschüttung und Organisation mit Gewinnausschluß, in: FR 1957, S. 167

2) vgl. RFH vom 8.8.1929 in: Stuw 1929, Sp. 1319

3) zu den Kriterien, die für ein Darlehen ausschlaggebend sind, vgl. BFH vom 16.9.1958 in: DB 1958, S. 1289/90

4) Kapital, Gewinn und Ausschüttung, S. 116

Zusammenfassend ist festzustellen, daß eine verdeckte Gewinnausschüttung im handelsrechtlichen Sinne vorliegt, wenn das Reinvermögen - Gewinn oder Substanz - der Gesellschaft an die Gesellschafter verteilt wird, ohne daß die Ausschüttung als Gewinn- oder Kapitalausschüttung in Erscheinung tritt und ~~ohne~~ daß eine wertmäßig gleiche Gegenleistung erbracht wird.

2. Der Problemzusammenhang zwischen der Vorschrift des § 311 und der verdeckten Gewinnausschüttung bei der Bestimmung der Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung

Das zuvor Ausgeführte zeigt, daß die Probleme der verdeckten Gewinnausschüttung mit den Problemen zwischen einem abhängigen und einem herrschenden Unternehmen im Hinblick auf eine Benachteiligung der abhängigen Gesellschaft selbst, deren Aktionäre und deren Gläubiger vergleichbar sind. Geht es einmal um die Frage, ob eine verdeckte Ausschüttung vorliegt oder nicht, so befaßt sich die Vorschrift des § 311 mit der Frage, ob ein Nachteil vorliegt oder nicht. Zunächst ist die tatsächliche Leistung der Gesellschaft zu bestimmen. Es tauchen sowohl für die Feststellung einer verdeckten Ausschüttung des Gewinns als auch für die Bestimmung der Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung bzw. des Vor- und Nachteils Schwierigkeiten insoweit auf, als die Leistungen der Gesellschaft häufig keinen Marktpreis haben¹⁾ oder sich über einen längeren, unbestimmbaren Zeitraum erstrecken.

¹⁾ vgl. dazu S. 83 f

a) Die Fiktion des unabhängigen Unternehmens

Auch bei der verdeckten Gewinnausschüttung wird der Maßstab zur Feststellung der Höhe der Ausschüttung in der für entsprechende Fälle vereinbarten Vergütung gesehen¹⁾. Durch den Vergleich mit dem Normalfall soll erreicht werden, den Einfluß des Gesellschafters auf die Leistungen der Gesellschaft festzustellen. Im Rahmen des Normalen ist, was ein Fremder, Nichtgesellschafter, unter sonst gleichen Umständen erhalten würde. So führte der Reichsfinanzhof als Beispiel schon früher aus²⁾, daß ein Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung dann nicht bestehe, wenn die Bezüge des Gesellschafters-Angestellten nicht höher seien, als sie auch gesellschaftsfremden Angestellten gewährt würden.

Auf die Problematik dieser Beurteilung wurde bereits eingegangen³⁾. Die Fiktion des unabhängigen Dritten ist nur in Ausnahmefällen praktikabel. Einmal sind auch ähnliche Verhältnisse im Grunde schwer vergleichbar, zum anderen sind die Leistungen nicht immer richtig zu fassen.

Eine Frage, die den Reichsfinanzhof von Anfang an beschäftigte⁴⁾, ist die nach der Angemessenheit der Vergütung an einen Gesellschafter für dessen Tätigkeit als Angestellter der Gesellschaft. Das Problem der Angemessenheit der Vergütung stellt sich ebenso bei der Delegation eines Angestellten des herrschenden Unternehmens in den Vorstand der abhängigen Gesellschaft. Einerseits soll der Gesellschafter bzw. das

1) Flauger, a.a.O., S. 15

2) RFH vom 10.5.1932 in: RStBl 1932, S. 631

3) vgl. S. 83 ff

4) Schon RFH am 26.7.1919 in: Amtl.Slg., Bd. 2, S. 183

delegierte Vorstandsmitglied nicht schlechter gestellt werden als unbeteiligte Dritte¹⁾, andererseits aber gelten un-
mäßig hohe Leistungen als verdeckte Gewinnausschüttung bzw.
als Nachteil für die abhängige Gesellschaft. Es liegt auf der
Hand, daß über die Höhe einer Gehaltszahlung an einen Gesell-
schafter-Geschäftsführer und an ein Vorstandsmitglied, dessen
Anstellungsvertrag von dem herrschenden Unternehmen veranlaßt
worden ist, ein Vergleich mit einem unabhängigen Dritten
nicht ohne weiteres möglich ist²⁾. Die Frage nach der über-
höhten Gehaltszahlung läßt sich nicht nach einem bestimmten
Schema, nach einer allgemeinen Formel lösen³⁾, sondern muß
von Fall zu Fall individuell entschieden werden⁴⁾. Es kommt
bei der Leistung des Vorstandsmitgliedes vor allem auf sub-
jektive Momente an⁵⁾, wie hoch nämlich die Gesellschaft selbst
die Leistungen des Gesellschafter-Geschäftsführers und des ab-
hängigen Vorstandsmitgliedes bewertet. Mag auch die Leistung
des Vorstandsmitgliedes oder Gesellschafters von großem Wert
sein, so ist doch stets darauf zu achten, daß die Interessen
der Gesellschaft nicht gefährdet werden; der wirtschaftliche
Geschäftsbetrieb muß gewährleistet sein⁶⁾.

1) vgl. RFH vom 12.1.1937 in: RStB1 1937, S. 91
vom 17.11.1936 in: StuW 1937, Nr. 66

2) vgl. RFH vom 10.5.1932 in StuW 1932, Sp. 2144 f

3) vgl. Westerfelhaus-Glode, S. 61; Spitaler, Die Angemessen-
heit der Bezüge geschäftsführender Gesellschafter einer
GmbH, S. 1; BFH vom 25.2.1958 in: DB 1958. S. 533

4) RFH vom 22.7.1932 in: StuW 1933, Sp. 220 ff

5) FG Münster vom 10.1.1955 in: DB 1955, S. 208

6) vgl. Brönner, Verdeckte Gewinnausschüttung etc. in:
GmbHR 1952, S. 188

Bei der Gehaltszahlung an einen Gesellschafter bzw. an ein Vorstandsmitglied, ist z.B. als erstes zu prüfen, ob die Dienste des Gesellschafters überhaupt benötigt werden¹⁾.

Hierauf ist die Angemessenheit der Vergütung zu beurteilen, und zwar sind sämtliche Bezüge, wie z.B. freie Wohnung, Gehalt, Pensionszusagen usw. zu berücksichtigen²⁾. Dabei können allerdings äußere Vergleiche - Vergleiche mit den Gehältern von in anderen Unternehmen gleichartig Beschäftigten - und auch innere Vergleiche - Vergleiche mit den Gehältern der übrigen in demselben Unternehmen Beschäftigten - dienlich sein³⁾.

b) Die Besonderheit der verdeckten Gewinnausschüttung im Konzern

Besondere Probleme wirft eine verdeckte Gewinnausschüttung - wie für den Fall der Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung - innerhalb eines faktischen Konzerns auf; außergewöhnliche Gegebenheiten, wie sie im Falle eines Konzerns vorliegen, bedingen ungewöhnliche Tatbestände. Zwischen eng verbundenen Unternehmen sind Vermögensverschiebungen leicht möglich und nichts Ungewöhnliches.

Wie bereits ausgeführt⁴⁾, dürfen Vorteile, die ein Konzern mit sich bringt, nicht einseitig, nur zugunsten des

1) BFH vom 18.9.1962 in: DB 1962, S. 1427; Spitaler, Neues zur Frage der Angemessenheit der Bezüge geschäftsführender Gesellschafter in: GmbHR 1955, S. 50

2) vgl. Spitaler, Zur Frage der Angemessenheit der Bezüge geschäftsführender Gesellschafter in: GmbHR 1954, S. 53; BFH vom 19.11.1953 in: DB 1954, S. 32; vom 5.5.1959 in: DB 1959, S. 991 f

3) vgl. Spitaler, Die Angemessenheit in: GmbHR 1954, 28 ff

4) vgl. S. 12 ff

herrschenden Unternehmens verteilt werden. Es darf keine der abhängigen Gesellschaften - unabhängig davon, ob Minderheiten beteiligt sind - zu einer Handlung veranlaßt werden, die nur im Interesse des herrschenden Unternehmens liegt und für die abhängige Gesellschaft selbst mit einem Nachteil verbunden ist. Die Gesellschaften sollen nach einer etwaigen Beendigung der Konzernzugehörigkeit ihre vollständige wirtschaftliche Selbständigkeit wiedererlangen. Ihre Existenz muß auch für die Zukunft gesichert werden und darf nicht durch eine Aus-
höhlung der Substanz des Unternehmens gefährdet werden.

Eine verdeckte Gewinnausschüttung, die schon bei einem Einzelunternehmen eine Versuchung zum Mißbrauch einer Machtstellung bedeutet, bietet sich vor allem bei einem konzernmäßigen Zusammenschluß mehrerer Gesellschaften als Instrument des Machtmißbrauchs an. Vorstand und Aufsichtsrat der abhängigen Gesellschaft fühlen sich nicht so sehr der von ihnen geleiteten Unternehmung als vielmehr der Konzernleitung verantwortlich³⁾.

Für eine verdeckte Gewinnausschüttung können z.B. - wie bei Rechtsgeschäften und Maßnahmen zum Nachteil der abhängigen Gesellschaft - Waren unter dem Marktpreis geliefert werden¹⁾, zweifelhafte Bürgschaften, die einem unabhängigen Dritten gegenüber nicht eingegangen worden wären, zugunsten anderer Konzernmitglieder übernommen werden, oder Marktanteile freiwillig und ohne entsprechende Vergütung einer anderen Konzerngesellschaft überlassen²⁾, sowie Darlehen zu sehr

¹⁾ Zu der Frage eines angemessenen Konzernverrechnungspreises vgl. S. 84f; auch Schulze-Schlutius, Zur Frage der verdeckten Gewinnausschüttung in: FR 1957, S. 230

²⁾ vgl. Werth, Vorstand und Aufsichtsrat in der Aktiengesellschaft, S. 8 ff

³⁾ vgl. Mestmäcker, Verwaltung, S. 232

geringen oder ohne jegliche Zinsvergütung gewährt werden¹⁾.

Es muß sich aber nicht immer um eine Zuwendung der abhängigen Gesellschaft an das herrschende Unternehmen handeln. Auch der umgekehrte Fall einer verdeckten Ausschüttung des Gewinns ist möglich, wenn das herrschende Unternehmen Leistungen an die abhängige Gesellschaft erbringt, die nicht in ihrem Interesse liegen, sondern lediglich auf Veranlassung eines dritten Unternehmens, welches mit dem herrschenden Unternehmen verbunden ist, vorgenommen werden²⁾.

Wie bereits auf den Seiten 83ff. erwähnt, ist es sehr schwer, einen gerechten Preis zwischen Konzernunternehmen festzusetzen. Es ist jedoch leicht, durch willkürlich überhöhte bzw. zu niedrige Preise, also auf dem Wege der verdeckten Gewinnausschüttung, Verfälschungen vorzunehmen.

Der Preis, der im Konzern unabhängig von Angebot und Nachfrage ist und von der Konzernleitung bestimmt werden kann, sollte sich an den Marktpreisen, also den Preisen, die auch von unabhängigen Dritten verlangt werden, orientieren³⁾. Ist dies nicht der Fall, weicht der Konzernverrechnungspreis von dem Marktpreis ab, bezahlt die Obergesellschaft z.B. einen geringeren Preis als ein unabhängiger Dritter, so liegt eine verdeckte Gewinnausschüttung vor.

1) Rasch, Konzernrecht, S. 104 f

2) RFH vom 6.12.1938 in Stuw 1939, Sp, 251 f

3) vgl. S. 83

Die Rechtsgeschäfte und Maßnahmen zwischen herrschender und abhängiger Gesellschaft, die gleichzeitig eine verdeckte Gewinnausschüttung und einen Nachteil für die abhängige Gesellschaft zum Inhalt haben, lassen sich vielfältig erweitern.

Die Probleme der verdeckten Gewinnausschüttung im Konzern zeigen, daß die Frage nach der Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung zwischen abhängiger und herrschender Gesellschaft seit Verfolgung der verdeckten Gewinnausschüttung bestand. Die zur Feststellung einer verdeckten Gewinnausschüttung in der Praxis gewonnenen betriebswirtschaftlichen Erkenntnisse können Grundlagen zur Weiterentwicklung der Methode des gerechten Vor- und Nachteilsausgleichs nach § 311 zwischen herrschendem Unternehmen und abhängiger Gesellschaft sein.

T e i l B

Im folgenden wird der Einfluß von sogenannten Rahmenverträgen zwischen einer abhängigen und einer herrschenden Gesellschaft auf die Vorschriften der §§ 311 ff behandelt.

I) Der Rahmenvertrag zwischen zwei oder mehreren Unternehmen

Ein Rahmenvertrag der in dieser Arbeit behandelten Art regelt langfristig in grundlegender Weise die Geschäftsbeziehungen zwischen zwei oder mehreren Unternehmen. Er steckt den Rahmen, innerhalb dessen einzelne obligatorische und dingliche Rechtsgeschäfte durchgeführt werden. Es ist nicht Aufgabe eines solchen Vertrages, alle für die Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen maßgebenden Vertragsbestandteile konkret zu regeln.

1) Beispiele für den Rahmenvertrag

Im einzelnen kann ein Rahmenvertrag über die Geschäftsbeziehungen zweier oder mehrerer Unternehmen mannigfache Bindungen bestimmen:

Einmal kann durch einen solchen Vertrag ein Unternehmen einem anderen ein umfassendes Fabrikationsrecht einräumen. Damit verbunden werden kann ein Patentausnutzungsrecht gegen Zahlung einer Lizenz. Zum anderen kann durch einen Rahmenvertrag ein weitgehendes Vertreterverhältnis festgelegt werden, durch das der eine Geschäftspartner den Vertrieb der Erzeugnisse der anderen Vertragspartei für ein bestimmtes Gebiet übernimmt.

Vereinbarungen über die Fabrikation und Vertretung usw. bilden gewöhnlich das Fundament eines Rahmenvertrages zwischen mehreren Unternehmen. Vertragsinhalt sind aber grundsätzlich auch Abreden über die Preisstellung - durch die

sich etwa die Vertragsparteien gegenseitig die gleichen Preise einräumen -, über Zahlungsbedingungen, über gemeinsame Werbung und gemeinsame Lieferungsbedingungen, sowie Vereinbarungen über Vertragsstrafen und Kündigung.

Soweit es sich bei den vertragsschließenden Unternehmen um konzernverbundene Unternehmen handelt, können außerdem in einem Rahmenvertrag Bestimmungen über das Konzernverhältnis aufgenommen werden. Es können etwa Fragen der Geschäftspolitik und sonstige grundsätzliche Fragen der Geschäftsführung von einem Rahmenvertrag erfaßt werden. Es können Vereinbarungen über die technische, finanzielle und/oder kaufmännische Leitung getroffen werden. Eine Zusammenarbeit in Forschung und Entwicklung kann vereinbart werden. Die Beispiele lassen sich weiter fortsetzen.

a) Der Fabrikationsvertrag

Ein Fabrikationsvertrag kann in der Praxis im einzelnen etwa folgenden Inhalt haben:

Die Gesellschaft A gewährt dem Unternehmen B das ausschließliche Recht der Herstellung und des Verkaufs der Vertragseinrichtung für ein bestimmt begrenztes Vertragsgebiet.

Die Gesellschaft A erteilt der Gesellschaft B das Recht zur Benutzung des "know-how"¹⁾ und der "Vertragsschutzrechte"²⁾ für die Herstellung von Vertragserzeugnissen innerhalb des örtlichen Vertragsgebietes, sowie zum Vertrieb

1) "know-how" sind alle Kenntnisse und Erfahrungen, über die das Unternehmen A während der Vertragsdauer auf dem sachlichen Vertragsgebiet verfügt.

2) "Vertragsschutzrechte" sind alle etwa im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland geltenden Schutzrechte und Schutzrechtsanmeldungen, soweit sie sich auf das sachliche Vertragsgebiet beziehen, und über die A während der Vertragsdauer verfügt.

und zur Benutzung solcher Produkte innerhalb und außerhalb des örtlichen Vertragsgebietes.

Die Gesellschaft A liefert B Konstruktions- und Werkstattzeichnungen sowie technische Informationen für die Herstellung, die nach den Erfahrungen von A erforderlich sind, damit B die Vertragseinrichtungen nach der Standard-Ausführung von A herstellen kann. Ferner gibt A Änderungen und insbesondere Verbesserungen bekannt, welche die Gesellschaft bei der laufenden Produktion einbaut oder verwendet. A wird - unter dem Vorbehalt des Vorranges ihres eigenen Bedarfs und den der Verfügbarkeit von Personal - die Ausbildung der Fachleute von B in ihrem Werk kostenlos durchführen. Auf besonderen Wunsch des Lizenznehmers ist A im Rahmen des Möglichen darüber hinaus bereit, diesem ihre Ingenieure für die Beratung bei der Anwendung von Vertragsprodukten und auch bei der Herstellung von Vertragsprodukten nach der Inbetriebnahme der ersten technischen Produktionsanlage zur Verfügung zu stellen. Für diese Unterstützung vergütet das Unternehmen B der Gesellschaft einen Betrag von xyz DM.

B wird die Vertragseinrichtungen und wichtige Teile nicht ohne Zustimmung von A durch andere Firmen herstellen lassen.

- Es folgen Vorschriften über die Einhaltung der gegenseitigen Treuepflichten -

Die einschränkenden Bestimmungen des Vertrages finden Anwendung auf sämtliche verbundenen Unternehmen von B, ebenso für die Unterlieferanten von B. B hat für die dazu erforderlichen Vertragsbestimmungen Sorge zu tragen.

Der Lizenznehmer leistet an die Gesellschaft A bei Abschluß des Vertrages eine Vorauszahlung in Höhe von xyz DM.

Außerdem zahlt der Lizenznehmer folgende laufende Abgabe:

- a) für die Benutzung der Vertragsschutzrechte 5 % vom Nettoverkaufserlös¹⁾ der in jedem Vertragsjahr von ihm verkauften Vertragsprodukte;
- b) für die Überlassung des know-how weitere 3 % vom Nettoverkaufserlös der in jedem Vertragsjahr von ihm verkauften Vertragsprodukte.

Der Lizenznehmer wird über die unter diesen Vertrag fallenden Geschäfte gesondert Buch führen. Er wird während der Dauer des Vertrages und eines weiteren Zeitraumes von zwei Jahren nach Beendigung des Vertrages auf Verlangen von A einer von ihm zu beauftragenden Wirtschaftsprüfungsgesellschaft während der Geschäftsstunden des Lizenznehmers Einblick in diese Buchführung und in die sonstigen diesen Vertrag betreffenden Unterlagen gewähren.

Innerhalb von 60 Tagen nach jedem Vertragshalbjahr wird der Lizenznehmer eine Abrechnung über die in dem vergangenen Vertragshalbjahr erzielten Nettoverkaufserlöse und die davon zu zahlenden Abgaben erteilen. Innerhalb der vorgenannten Frist sind auch die für das betreffende Vertragshalbjahr zu zahlenden Abgaben zu überweisen.

b) Der Vertriebsvertrag

Rahmenverträge in der Form von Vertriebsverträgen haben im einzelnen in der Praxis häufig folgenden Inhalt:

Die Herstellerfirma überträgt der Vertriebsgesellschaft das alleinige und ausschließliche Vertriebsrecht für den Verkauf aller Einrichtungen und Maschinen zum Zwecke A in dem Gebiet B. Die Vertriebsgesellschaft verpflichtet sich, alle

¹⁾ "Nettoverkaufserlös" bedeutet den Bruttorechnungsbetrag für die Vertragsprodukte abzüglich handelsüblicher Kassa- oder Mengenskonti, ferner abzüglich von Verkaufs- und sonstigen Steuern sowie von Zöllen, die vom Lizenznehmer unmittelbar in Zusammenhang mit dem Verkauf von Vertragsprodukten entrichtet werden, von Transport- und Versicherungskosten, von Packmaterial und Verpackungskosten sowie von etwaigen Vergütungen oder Gutschriften an Kunden für Retouren oder rückwirkende Preisermäßigungen.

Erzeugnisse innerhalb des Fabrikationsbereiches der Herstellerfirma ausschließlich von dieser Gesellschaft zu beziehen und derartige Gegenstände nicht selbst herzustellen. Die Herstellerfirma verpflichtet sich, den Verkauf der Vertragseinrichtungen in das Vertragsgebiet nur über die Vertriebsgesellschaft vorzunehmen.

Jeder einzelne Geschäftsabschluß über ein Vertragsprodukt unterliegt diesem Vertrag. Jedoch sind alle Bedingungen, Ansprüche und Verpflichtungen der Vertragspartner, die sich aus einem derartigen Vertragsabschluß ergeben - mit Ausnahme derjenigen, die in diesem Vertrag bereits berücksichtigt sind - von den Vertragspartnern bei jedem Geschäft festzusetzen.

Als Vergütung erhält die Vertriebsgesellschaft eine Provision von 10 % von dem Betrag eines jeden erteilten Auftrags. Falls der Wettbewerb es jedoch erforderlich macht, wird über die Provisionshöhe eine Sondervereinbarung getroffen.

Die Provision wird errechnet vom Rechnungswert abzüglich Verpackung, Lizenzkosten, Provisionen an Dritte, Zoll und ähnliche Gebühren.

Die Zahlung der Provision erfolgt, sobald die Vertriebsgesellschaft den Gesamtbetrag von ihrem Kunden erhalten hat.

Der Hersteller haftet bei Verstößen gegen die Verwendung von Patenten, Modellen, Warenzeichen und Entwürfen von Produkten innerhalb des Vertragsbereiches.

Beide Gesellschaften arbeiten eng zusammen, um die Verkaufsaktivität der Vertragseinrichtungen innerhalb des Vertragsgebietes zu erhöhen.

2) Der Inhalt des Rahmenvertrages im allgemeinen

Rahmenverträge der zuvor ausgeführten Arten sind Dauerschuldverhältnisse¹⁾ und als solche als eine Einheit anzusehen. Sie sind auf die Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen und Gegenleistungen von bestimmter oder unbestimmter Dauer gerichtet. Der einheitliche Geschäftszweck des Dauerschuldverhältnisses ist die Regelung der Beziehungen zwischen zwei oder mehreren Unternehmen. Der Umfang der zu erbringenden Leistungen und Gegenleistungen kann von vornherein festgelegt, oder auch - basierend auf diesem Rahmenvertrag - je nach Bedürfnis in unregelmäßigen Abschnitten vereinbart werden.

Wesentlich für den Rahmenvertrag ist demnach einmal sein Charakter als Einheitsvertrag. Obwohl die Leistungen innerhalb des Vertrages voneinander zeitlich getrennt erbracht werden, muß der Vertrag von den Vertragspartnern als einheitliches Ganzes gewollt sein²⁾. Der Rahmenvertrag ist die umfassende Klammer für alle zwischen den Parteien abzuschließende Einzelrechtsgeschäfte. Sein Inhalt ist erheblich für die Abwicklung und Erfüllung jedes einzelnen Vertrages. Er tastet jedoch nicht die rechtliche Selbständigkeit der auf seiner Grundlage beschlossenen Einzelgeschäfte an.

Der Rahmenvertrag ist auf einen gegenseitigen Leistungsaustausch gerichtet. Er ermöglicht der einen Partei, zu bestimmten oder frei gewählten Zeiten über die Lieferung bestimmter oder beliebiger Mengen unter den in dem Rahmenvertrag festgelegten Bedingungen den Neuabschluß eines

¹⁾ vgl. dazu grundlegend Gierke in Iherings Jahrbücher 64, S. 355; auch Soergel-Reimer-Schmidt, S. 241 Anm. 10; Larenz, Schuldrecht, S. 22 ff, Esser, Schuldrecht S. 22 ff Erman-Hefermehl, vor § 145 VII, S. 215

²⁾ vgl. RG vom 13.9.1935 in RGZ 148, S. 326 ff (330) für den Fall eines Sukzessivlieferungsvertrages

Einzelgeschäfts zu verlangen. Gleichzeitig verpflichtet er die andere Partei, das verlangte Einzelgeschäft wiederholt abzuschließen und entsprechend lieferbereit zu sein¹⁾.

Regelmäßig entspricht der Abschlußberechtigung die Pflicht der Vertragspartner, ihren Bedarf nicht oder nicht über einen bestimmten Umfang hinaus anderweitig zu decken.

Wesentliches Merkmal des Rahmenvertrages ist außerdem das Zeit- oder Dauerelement²⁾. Der Umfang der Gesamtleistungen hängt von der Länge der Zeit ab, während der die Leistungen fortgesetzt werden sollen. Der Rahmenvertrag kann als Dauerschuldverhältnis für bestimmte Zeit begründet werden, nach deren Ablauf er ohne weiteres endet. Grundsätzlich wird die Dauer eines Rahmenvertrages jedoch durch die Vereinbarung einer Kündigungsklausel bestimmt. Schließlich kann ein Rahmenvertrag - wie jedes Dauerschuldverhältnis³⁾ - auf unbestimmte Zeit begründet werden.

Sind kein Kündigungstermin und keine Kündigungsfrist vereinbart, so muß im Wege der Analogie die Kündigungsregel der dem Rahmenvertrag am nächsten stehenden Vertragsart unter den gesetzlich geregelten Dauerschuldverhältnissen entnommen werden. Ist ein Rahmenvertrag beispielsweise mit einem Dienstvertrag vergleichbar, so sind bei einem auf unbestimmte Zeit geschlossenen Vertrag die Kündigungsbestimmungen der §§ 621 bis 623 BGB entsprechend anzuwenden.

¹⁾so Esser § 20 Anm. 3 zum Dauerschuldverhältnis

²⁾vgl. Esser, § 20 Anm. 3

³⁾vgl. § 564 Abs. 2 BGB für den Mietvertrag; auch OLG Hamburg vom 4.10.1955 in NJW 1957, S. 26 f; Larenz, Schuldrecht, S. 23; Esser, Schuldrecht, § 20 Rz 5

Der Rahmenvertrag erfordert zu seiner Durchführung ein vertrauensvolles Zusammenwirken, eine besondere Rücksichtnahme und Sorgfalt bei der Wahrnehmung der eigenen Interessen und der Ausführung der übernommenen Verpflichtungen. Bei andauernder zeitlicher Bindung ist jeder Vertragspartner im stärkeren Maße als bei einer kurzfristigen Geschäftsverbindung auf den guten Willen des anderen und die Erhaltung des Einvernehmens angewiesen. Eine außerordentliche Kündigung des Vertrages kann ausgesprochen werden, wenn das Vertrauen zwischen den Parteien nicht mehr gegeben ist und dadurch eine Aufrechterhaltung der mit einem Rahmenvertrag verbundenen intensiven Bindungen nicht mehr zugemutet werden kann¹⁾.

3. Die Abgrenzung eines Rahmenvertrages vom Beherrschungsvertrag

Sobald aber ein solcher Rahmenvertrag die Geschäftsbeziehungen zwischen zwei Unternehmen in der Weise regelt, daß einem Unternehmen aufgrund einzelner Vertragsbestimmungen ein Weisungsrecht gegenüber einer Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien im Sinne der §§ 308 ff zugestanden wird²⁾, ist ein solcher Vertrag - wenn außerdem die Voraussetzungen der §§ 293 - 295 erfüllt sind³⁾ - als Beherrschungsvertrag

1) vgl. im einzelnen Wilhelm Weber, Treu und Glauben, RzA 193; C 136

2) vgl. im einzelnen S. 33 ff

3) Für die Wirksamkeit des Beherrschungsvertrages ist nach § 293 Abs. 1 die Zustimmung der Hauptversammlung erforderlich, und zwar von mindestens drei Viertel des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals. Außerdem wird der Vertrag erst wirksam, wenn sein Bestehen in das Handelsregister eingetragen worden ist. Zu weiteren Wirksamkeitsvoraussetzungen vgl. §§ 293 - 295 im einzelnen. Soweit die Wirksamkeitsvoraussetzungen nicht vorliegen, kann eine Leitungsmacht nach § 308, auch wenn derartige Befugnisse in einem Rahmenvertrag zugestanden werden, nur aufgrund des Rahmenvertrages nicht ausgeübt werden; vgl. dazu Würdinger, Aktien- und Konzernrecht, S. 286 f; Gessler in: DB 1965, S. 1691

anzusehen, der die tiefgreifenden gesetzlichen Bestimmungen über die Sicherung der Gesellschaft, der Aktionäre und Gläubiger der beherrschten Gesellschaft nach sich zieht¹⁾. Hierbei kommt es - wie bereits auf Seite 35 erläutert - nicht darauf an, ob der Vertrag ausdrücklich als Beherrschungsvertrag bezeichnet ist; er muß, auch wenn er eine andere Bezeichnung trägt, als solcher angesehen werden, wenn er die Merkmale eines Beherrschungsvertrages zum Inhalt hat.

Ein Beherrschungsverhältnis im Sinne des § 291 ist jedoch nicht schon dann gegeben, wenn in einem Rahmenvertrag die Vornahme bestimmter Geschäftshandlungen von der Zustimmung des Vertragspartners abhängig gemacht wird. Durch eine derartige Vorschrift kann zwar die geschäftsführende Handlungsfreiheit der Geschäftsführung der Vertragspartei in einem bestimmten Umfang eingeschränkt werden, aber nicht ohne weiteres in einem solchen Umfang, der einem Weisungsrecht gleichkommen würde. Auch in der inneren Organisation der Aktiengesellschaft gibt es bei fast jeder Gesellschaft Entscheidungen des Vorstandes, zu denen, sei es kraft Gesetzes oder Satzung, sei es aufgrund einer etwa vorhandenen Geschäftsordnung, die Zustimmung beispielsweise des Aufsichtsrates eingeholt werden muß²⁾. In solchen Fällen ist der Vorstand auch nicht von den Weisungen des Aufsichtsrates abhängig; er ist auch dann, wenn die Satzung

1) vgl. dazu Anm. 3 S. 43

2) vgl. dazu Würdinger, Aktien- und Konzernrecht S. 136
Nach § 111 Abs. 4 können in der Satzung besondere Geschäfte bestimmt werden, die der Vorstand nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats vornehmen darf. Nach §§ 170 ff hat der Aufsichtsrat die Pflicht der Prüfung und Feststellung des Jahresabschlusses und des Geschäftsberichtes.

zu bestimmten Geschäften die Zustimmung des Aufsichtsrates verlangt, in seiner Geschäftsführung selbständig und muß lediglich einzelne Maßnahmen unterlassen, wenn der Aufsichtsrat die erforderliche Zustimmung hierzu nicht erteilt.

Nicht anders ist die Beschränkung der Entscheidungsfreiheit des Vorstandes durch schuldrechtliche Vereinbarungen zu betrachten. Der Vorstand hat sich bei Abschluß eines Vertrages, der für bestimmte Handlungen die Zustimmung der anderen Partei erforderlich macht, selbst freiwillig diese Beschränkung auferlegt. Sie beruht also in ihrem Rechtsgrund nicht auf Weisungsbefugnis des Vertragspartners, sondern auf rechtsgeschäftlich vereinbarten Beschränkungen, die der Vorstand in freiem Ermessen einmal getroffen hat, und an die er gebunden ist.

Darüber hinaus sind die etwa an die Zustimmung des Vertragspartners gebundenen Geschäfte immer im Zusammenhang mit den gesamten Bestimmungen eines Rahmenvertrages zwischen zwei Unternehmen zu sehen. Sie sind gewöhnlich ein Teil der Gegenleistung für die der Gesellschaft durch den Rahmenvertrag gewährten Rechte und dazu bestimmt, die Erreichung des Vertragszweckes zu sichern, nämlich eine langfristige Zusammenarbeit im gemeinsamen Interesse zu erreichen.

Wird aber in einem Rahmenvertrag der gesamte Bereich der Geschäftsführung einer Vertragspartei übertragen¹⁾, und wird der Vertrag von der erforderlichen Mehrheit der Hauptversammlung genehmigt und in das Handelsregister eingetragen²⁾, so

¹⁾ etwa in der Weise, daß der Vorstand der beherrschten Gesellschaft angewiesen wird, die Produktion zu spezialisieren, umzustellen bzw. Betriebe stillzulegen; vgl. Würdinger, Aktien- und Konzernrecht, S. 289

²⁾ vgl. Anm. 3, S. 133

liegt ein Beherrschungsvertrag vor mit der Folge, daß auf die beherrschte Gesellschaft die Bestimmungen der §§ 311 ff nicht zur Anwendung kommen.

II. Rahmenverträge aus der Zeit vor Inkrafttreten des Aktiengesetzes von 1965

Die folgenden Ausführungen sollen der Untersuchung dienen, inwieweit sich Rahmenverträge - die keine Beherrschungsverträge sind - zwischen abhängiger und herrschender Gesellschaft auf die Bestimmungen der §§ 311 ff auswirken.

Es stellt sich zunächst die Frage nach der materiellen Rechtslage von Rahmenverträgen, die bereits vor Inkrafttreten des neuen Aktiengesetzes bestanden. Es ist zu untersuchen, ob die Bestimmungen der §§ 311 ff für alte Rahmenverträge, welche die Geschäftsbeziehungen zwischen herrschendem Unternehmen und abhängiger Gesellschaft langfristig regeln, eine materielle Änderung bedeuten¹⁾.

Eine solche Änderung der Rechtslage kann einmal zur Folge haben, daß die Vertragsparteien zu einer Änderung des Rahmenvertrages verpflichtet wären. Zum anderen kann das Aktiengesetz von 1965 die Möglichkeit der Aufhebung eines für die abhängige Gesellschaft nachteiligen Rahmenvertrages geschaffen haben.

¹⁾ vgl. dazu im einzelnen die gleichzeitig in Münster/Westfalen erschienene Dissertation von auf der Heyde: Die Anwendbarkeit der §§ 311 - 318 AktG 1965 auf Dauerschuldverhältnisse, die eine abhängige Aktiengesellschaft mit dem herrschenden Unternehmen, einem mit ihm verbundenen Unternehmen vor Inkrafttreten des Aktiengesetzes 1965 vorgenommen hat.

1. Änderung des zuvor geltenden Rechts über die Beziehungen von faktisch verbundenen Unternehmen durch die Vorschriften der §§ 311 ff

Es wurde bereits auf den Seiten 11 ff ausgeführt, daß die §§ 311 - 318 keine vergleichbaren Vorschriften im Aktiengesetz von 1937 hatten. Im Gesetz von 1937 war § 101 der einzige Schutz gegen Einwirkungen seitens des herrschenden Unternehmens.

a) § 311 im Vergleich zu § 101 AktG 1937

Nach § 311 Abs. 1 darf "ein herrschendes Unternehmen seinen Einfluß nicht dazu benutzen, eine abhängige Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien zu veranlassen, ein für sie nachteiliges Rechtsgeschäft vorzunehmen oder Maßnahmen zu ihrem Nachteil zu treffen oder zu unterlassen, es sei denn, daß die Nachteile ausgeglichen werden." Nach überwiegender Auffassung war es auch nach dem bisherigen Recht nicht zulässig, dem Konzerninteresse¹⁾ gegenüber dem Interesse der abhängigen Gesellschaft den Vorrang einzuräumen²⁾ und damit Nachteile zuzufügen.

¹⁾ Es liegt zwar nicht schon dann, wenn eine Gesellschaft von einer anderen abhängig ist, ein Konzernverhältnis vor (vgl. S. 30); es wird jedoch regelmäßig so sein.

²⁾ vgl. dazu auch Schäffer, Selbstfinanzierung und Konzernrecht, in: Die AG 1959, S. 62

Unter Bezugnahme auf die amtliche Begründung zum Aktiengesetz von 1937¹⁾ haben jedoch insbesondere Schlegelberger-Quassowski²⁾ die Meinung vertreten, daß eine Handlung, die eine Konzerngesellschaft und damit die Aktionäre schädige, vom Standpunkt des Konzerns aus wirtschaftlich gesund und vernünftig sein könne. In diesem Fall müsse "das Interesse des einzelnen Konzernunternehmens vor dem höheren Interesse der in den Konzern zusammengefaßten Gemeinschaft zurücktreten"³⁾.

Zu Recht haben Godin-Wilhelmi⁴⁾ es schon 1937 abgelehnt, daß es übergeordnete "Konzernbelange gibt, welche nur, weil sie quantitativ größer sind, schutzwürdig genug wären, um ihrer willen eine Schädigung der Gliedgesellschaft gestatten zu können". Nur wenn der Schaden durch Leistungen ausgeglichen würde, könne eine Schädigung zulässig sein⁵⁾.

Die Interessen des herrschenden und des abhängigen Unternehmens sind gleichrangig; jedes von der Rechtsordnung verliehene rechtliche Interesse ist schutzwürdig und muß im Falle der Kollision als gleichwertig eingeschätzt werden. Das herrschende Unternehmen kann nicht für sich geltend machen, als umfassende Gesellschaft volkswirtschaftlich wichtigere Interessen

1) Deutscher Reichsanzeiger vom 30.1.1937, Nr. 28, vgl. S. 11

2) Komm. zum AktG, § 101, Anm. 10

3) ähnlich: Schmidt in: Großkomm., 1. Aufl., § 101, Anm. 8, der insb. auf die Wahrung volkswirtschaftlicher Belange abstellt; vgl. auch Teichmann-Köhler, § 101, Anm. 2 g

4) Komm. zum AktG, 1. Aufl., § 101, Anm. 6

5) vgl. auch Anm. 3, S. 12

wehrzunehmen; denn derartige Interessen sind grundsätzlich quantitativer Art. Bei der Abwägung von Interessen sind jedoch nur solche qualitativer Art zugrunde zu legen. Die zahlenmäßige Größe kann ohne weitere Gründe wertmäßig keinen Vorrang beanspruchen¹⁾).

Eine einseitige Vermögensschädigung der abhängigen Gesellschaft selbst, ihrer außenstehenden Aktionäre und Gläubiger durch das herrschende Unternehmen lag somit auch nach dem Aktienrecht vor Inkrafttreten des neuen Gesetzes nicht im schutzwürdigen Interesse des herrschenden Unternehmens. Daraus ist jedoch nicht der Schluß zu ziehen, daß jede Handlung zu Lasten der Untergesellschaft rechtswidrig war. Selbst wenn die Konzernmaßnahmen stark in die Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft eingriffen, ließen sich die Vermögensinteressen dieser Gesellschaft wahren, indem ein Ausgleich gegeben wurde²⁾).

Das am 1. Januar 1966 in Kraft getretene Aktiengesetz hat damit mit der Vorschrift des § 311 kein neues materielles Recht geschaffen, sondern lediglich bisher umstrittenes klargestellt.

1) Zum Grundsatz der Gleichbehandlung vgl. schon RG vom 16.9.1927 in: RGZ 118, S. 67 ff, S. 69; vom 23.10.1925 in: RGZ 112, S. 14 ff, S. 18; Hier wurde entschieden, daß eine einseitige Bevorzugung einer Aktionärsgruppe gegen die guten Sitten und gleichmäßige Behandlung verstößt. In dem Urteil vom 17.11.1925 in: RGZ 113, S. 109 ff, S. 116 und im Urteil vom 9.12.1937 in: RGZ 119, S. 228 erblickt das Reichsgericht in der Aufwertung rückständiger Aktienbeträge nach individuellen Gesichtspunkten einen Verstoß gegen die gleichmäßige Behandlung.

2) vgl. im einzelnen vor allem auf der Heyde, a.a.O.; auch Filbinger, Die Schranken der Mehrheitsherrschaft, S. 57 ff

b) Das Verhältnis von § 317 zu § 117 (§ 101 AktG 1937)

Es wurde bereits ausgeführt, daß anstelle des § 101 AktG 1937 die Vorschrift des § 117 getreten ist, welche die früher geltende Bestimmung vielfältig erweitert hat¹⁾. Neu ist die Haftungsbestimmung des § 317.

Es erhebt sich die Frage, in welchem Verhältnis die Vorschriften des § 317 und § 117 zueinander stehen.

§ 317 verschärft ebenso wie § 117 die bisher geltende Bestimmung des § 101 AktG 1937. Die Vorschrift des § 317 soll sicherstellen, daß die abhängige Gesellschaft nicht unter Verstoß gegen § 311 veranlaßt wird, nachteilige Rechtshandlungen vorzunehmen²⁾. Sie soll verhindern, daß ein herrschendes Unternehmen die mit einem Beherrschungsvertrag verbundene Leitungsmacht in Anspruch nimmt, ohne einen solchen Vertrag abgeschlossen zu haben³⁾.

Nach § 317 sind im Falle eines Verstoßes gegen die Vorschriften des § 311 das herrschende Unternehmen und seine gesetzlichen Vertreter als Gesamtschuldner nach §§ 421 ff BGB schadenersatzpflichtig; nach § 318 trifft die gleiche Ersatzpflicht die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates der beherrschten Gesellschaft, wenn sie unter Verletzung ihrer Pflichten zur Berichterstattung über das Abhängigkeitsverhältnis und/oder deren Prüfung gehandelt haben.

¹⁾ vgl. im einzelnen S. 11 ff

²⁾ vgl. Godin-Wilhelmi § 317, Anm. 1, S. 1664

³⁾ vgl. Begr. RegE zu § 317, abgedruckt bei Kropff, S. 418

Gegenüber § 117 gelten die §§ 317, 311 nur im Verhältnis zwischen herrschendem und beherrschten Unternehmen, zwischen denen kein Beherrschungsvertrag besteht¹⁾. Für die Anwendung des § 117 genügt jedoch jeder Einfluß, auch wenn er nicht von einem herrschenden Unternehmen ausgeübt worden ist.

Ein Unterschied zwischen den beiden Vorschriften besteht weiter darin, daß das Verbot des § 311 allgemein dahingeht, die abhängige Gesellschaft zu einem Tun oder Unterlassen zu veranlassen. In welcher Weise dies erfolgt, ist für die Anwendung dieser Vorschrift unerheblich. Die Veranlassung geht viel weiter als die Erteilung von Weisungen. Der Begriff der Veranlassung ist dem entsprechenden Begriff in § 311 gleichzusetzen²⁾. Es ist nicht erforderlich, daß bestimmte Verwaltungsmitglieder beeinflusst werden³⁾. Vielmehr kann sich die Einwirkung auf jeden Angestellten der Gesellschaft beziehen. Das Verbot gilt auch für die Ausübung des Stimmrechts in der Hauptversammlung⁴⁾.

1) vgl. hierzu und zum folgenden Gessler, Probleme des Konzernrechts in: DB 1965, S. 1729 f

2) vgl. S. 57 ff

3) im Gegensatz zu § 117 Abs. 7 vgl. Godin-Wilhelmi, § 311, Anm. 3, S. 1632; § 117, Anm. 1, S. 611

4) vgl. Begr. RegE zu § 317, abgedruckt bei Kropff, S. 418; Rasch, Konzernrecht, S. 142

§ 117 stellt ebenso wie § 101 AktG 1937 den Tatbestand einer unerlaubten Handlung dar. Der Täter muß sich daher aller Tatbestandsmerkmale des § 117 bewußt sein, also schuldhaft handeln. Für die Anwendung des § 317 genügt demgegenüber die Veranlassung zu einem nachteiligen Rechtsgeschäft, wenn der Nachteil nicht ausgeglichen oder ein Rechtsanspruch auf einen Vorteil nicht gewährt wird, ohne daß ein Verschulden erforderlich ist. Eine Haftung nach § 317 kann demnach auch dann eintreten, wenn sich ein Geschäft später als nachteilig erwiesen hat, wobei jedoch die Vorschrift des § 317 Abs. 2 zu berücksichtigen ist, die wiederum eine Milderung der verschärften Haftung ist. Wenn auch ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer unabhängigen Gesellschaft das Rechtsgeschäft vorgenommen oder die Maßnahme getroffen oder unterlassen hätte, so entfällt eine Haftung der beherrschenden Gesellschaft bei einer sich später als nachteilig herausstellenden Handlung¹⁾.

Im übrigen schließen sich § 317 und § 117 nicht gegenseitig aus, sondern stehen nebeneinander und kommen, wenn die Voraussetzungen für beide Vorschriften vorliegen, auch nebeneinander zur Anwendung²⁾. Der Ausschluß der Haftung nach § 317 Abs. 2 läßt es auch an den subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen des § 117 fehlen; denn das herrschende Unternehmen war im Zeitpunkt der Vornahme des Geschäftes der Auffassung, daß sich das Geschäft als vorteilhaft für das beherrschte Unternehmen erweisen werde³⁾.

1) vgl. Godin-Wilhelmi, § 317, Anm. 4, S. 1667

2) vgl. Godin-Wilhelmi, § 317, Anm. 1, S. 1665

3) vgl. Gessler, Probleme des neuen Konzernrechts in: DB 1965, S. 1730

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß § 317 als Haftungsnorm die gegenüber § 101 AktG 1937 verschärfte Haftungsbestimmung des § 117 in dreifacher Weise noch eindringlicher verschärft. Der Gesetzgeber will dadurch erreichen, die Minderheitsaktionäre und die Gläubiger gegen Schäden aus der Verfolgung gesellschaftsfremder Belange ausreichend zu schützen¹⁾. Zusammen mit den Vorschriften über den Abhängigkeitsbericht hat die Vorschrift des § 317 den Zweck, daß die abhängige Gesellschaft nicht unter Verstoß der Bestimmung des § 311 zu einer nachteiligen Handlung durch das herrschende Unternehmen veranlaßt wird. "Sie soll verhindern, daß ein herrschendes Unternehmen die mit einem Beherrschungsvertrag verbundene Leitungsmacht in Anspruch nimmt, ohne einen solchen Vertrag abgeschlossen zu haben"²⁾.

Die verschärften Haftungsbestimmungen sind aber nicht geeignet, auf die materielle Rechtslage von Rahmenverträgen einzuwirken, die vor Inkrafttreten des neuen Aktiengesetzes bestanden haben. Sie haben lediglich einen Einfluß auf die haftungsrechtlichen Folgen für die Vertragsschließenden eines Rahmenvertrages zwischen herrschender und abhängiger Gesellschaft, der Bestimmungen zum Nachteil der abhängigen Gesellschaft zum Inhalt hat. Die §§ 117, 317 f sind aber Anlaß für die Parteien, den Inhalt eines Vertrages noch eindringlicher als zur Zeit der Geltung des Aktiengesetzes von 1937 auf gleichwertige Behandlung der abhängigen Partei zu untersuchen³⁾.

1) vgl. § 117, Begr. RegE, abgedruckt bei Kropff, S. 163

2) vgl. § 317, Begr. RegE, abgedruckt bei Kropff, S. 418

3) vgl. im einzelnen auf der Heyde, a.a.O.

Sollte ein alter Rahmenvertrag - gemäß der von Schlegelberger-Quassowski vertretenen Auffassung¹⁾ - Bestimmungen enthalten, die der Interessenlage der abhängigen Gesellschaft nicht entsprechen, und die - ohne einen Ausgleich zu bieten - nachteilig sind, so müssen nachteilige Rechtsgeschäfte und Maßnahmen, die aufgrund dieser Bestimmungen vorgenommen werden, im Rahmen der Schadenersatzverpflichtungen der §§ 317, 318 und 117 ausgeglichen werden²⁾. Darüber hinaus haben derartige Rechtsgeschäfte und Maßnahmen Auswirkungen auf die Bericht-erstattungs-pflicht, wie noch auszuführen ist³⁾.

Im Ergebnis ist festzuhalten, daß sich die materielle Rechtslage alter Rahmenverträge durch das Aktiengesetz von 1965 nicht geändert hat, wenn man die herrschende und richtige Auffassung der Literatur über die Bestimmung des § 101 Abs. 2 AktG 1937 zugrunde legt, die eine besondere Schutzwürdigkeit von Konzerninteressen nicht zuläßt. Enthalten jedoch Rahmenverträge zwischen herrschender und abhängiger Gesellschaft eine der früher vertretenen Minderauffassung entsprechende Vorschrift, welche die abhängige Gesellschaft zugunsten von Konzerninteressen zu nachteiligen Rechtsgeschäften und nachteiligen Maßnahmen verpflichtet, so müssen die Vertragsparteien aufgrund der Bestimmung der §§ 311 ff eine Änderung des Rahmenvertrages herbeiführen, die gewährleistet, daß nachteilige Geschäfte und Maßnahmen innerhalb des Vertrages ausgeglichen werden.

1) vgl. S. 118

2) vgl. dazu auf der Heyde, S.

3) Außerdem haben nach § 313 Abs. 4 die Abschlußprüfer ihren Bestätigungsvermerk einzuschränken oder zu versagen. Hat der Vorstand entsprechend § 312 Abs. 2 selbst erklärt, daß die Gesellschaft benachteiligt worden ist, ist dies nach § 313 Abs. 4 Satz 2 in dem Vermerk anzugeben. Schließlich hat der Aufsichtsrat nach § 314 Abs. 2 eine Versagung des Prüfungsvermerks der Hauptversammlung mitzuteilen.

2. Die Sorgfaltspflicht des Vorstandes für die Beurteilung von Rahmenverträgen unabhängig von § 311

Aber auch unabhängig von den Spezialvorschriften über die Beziehungen von faktisch verbundenen Unternehmen hat der Vorstand einer abhängigen Gesellschaft zu versuchen, einzelne von ihm als nachteilig empfundene Bestimmungen eines Rahmenvertrages im Einvernehmen mit dem Vertragspartner zu ändern oder aufzuheben. Diese Verpflichtung ergibt sich aus den Vorschriften über die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder gem. § 93 bzw. § 84 AktG 1937¹⁾.

Der Vorstand einer abhängigen Gesellschaft hat - wie der einer unabhängigen - zu untersuchen, ob der mit der herrschenden Gesellschaft abgeschlossene Rahmenvertrag über die Geschäftsbeziehungen zwischen beiden Unternehmen in seinen Auswirkungen unter den jeweiligen Verhältnissen noch als ausgeglichen und angemessen anzusehen ist. Diese Sorgfaltspflicht des Vorstandes ist nicht auf Rechtsgeschäfte mit der herrschenden Gesellschaft beschränkt, sondern besteht grundsätzlich bei jedem Rechtsgeschäft. Gem. § 93 haben die Vorstandsmitglieder bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Bezogen auf den Fall eines Rahmenvertrages bedeutet dies, daß bei Abschluß eines solchen Vertrages Leistung und Gegenleistung so bemessen sein müssen, daß unter Würdigung aller im Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages überschaubaren Umstände der Vertrag als ausgeglichen anzusehen ist.

¹⁾ Die Vorschrift des § 93 weicht in einigen hier nicht wesentlichen Beziehungen von § 84 AktG ab, vgl. dazu § 93 Begr. RegE, abgedruckt bei Kropff, S. 122 f; Godin-Wilhelmi, § 93, Anm. 1, S. 460

In der Folgezeit muß sich der Vorstand laufend Gewißheit darüber verschaffen, ob der vor vielleicht vielen Jahren abgeschlossene Vertrag auch noch den ggf. veränderten gegenwärtigen Verhältnissen entspricht. Das gilt auch, wenn ein Vertrag dieser Art nicht mit einem herrschenden oder sonst verbundenen Unternehmen, sondern mit einem Dritten abgeschlossen ist. Das Gesetz enthält in § 93 - im Gegensatz zu den §§ 311 ff - keine näheren Bestimmungen, in welcher Weise der Vorstand seine allgemeinen Sorgfaltspflichten zu erfüllen hat. Es ist auch nicht vorgesehen, daß der Vorstand über die Erfüllung seiner Pflichten nach § 93 in besonderer Weise berichtet. Es kommt lediglich darauf an, daß er dieser Verpflichtung in einer geeigneten Weise nachkommt.

Zur Erfüllung der Pflicht nach § 93 ist es nicht erforderlich oder durch das Gesetz vorgeschrieben, alle mit dem herrschenden oder mit diesem verbundenen Gesellschaften vorgenommenen Rechtsgeschäfte und getroffenen oder unterlassenen Maßnahmen vollständig zu erfassen und ihre Vor- und Nachteile zu ermitteln. Es genügt, wenn der Vorstand sich eine klare Vorstellung davon macht, ob eine Änderung oder Kündigung des Vertrages geboten erscheint. Der Umfang der Prüfung bestimmt sich nach dem pflichtgemäßen Ermessen.

III. Der Einfluß der Bestimmungen in §§ 311 ff auf Rahmenverträge

Die Vorschriften der §§ 311 ff werfen die Fragen nach der Beurteilung von Rahmenverträgen zwischen herrschender und abhängiger Gesellschaft im Hinblick auf ihre Angemessenheit nach § 311 und die Berichtspflicht nach § 312 auf.

Für die Antwort ist zu unterscheiden zwischen Rechtsgeschäften und Maßnahmen, die den Bestand eines Rahmenvertrages - wie Abschluß, Änderung und Beendigung - betreffen und solchen, die auf der Grundlage oder in Erfüllung eines Rahmenvertrages vorgenommen, getroffen oder unterlassen werden.

1. Rechtshandlungen, die den Bestand eines Rahmenvertrages berühren

Rechtsgeschäfte und Maßnahmen, die den Bestand eines Rahmenvertrages berühren, sind einmal solche, die den Vertrag begründen oder verlängern. Hierzu gehört auch das Unterlassen einer an sich möglichen Kündigung. Außerdem fallen hierunter Maßnahmen, die den Vertrag vernichten, wie Kündigung und Anfechtung, und schließlich Rechtshandlungen, die unter Aufrechterhaltung des Vertrages an sich einzelne Bestimmungen des Vertrages verändern.

a) Der Einfluß des herrschenden Unternehmens auf den Bestand eines Rahmenvertrages als Voraussetzung für die Anwendung des § 311

§ 311 Abs. 1 verbietet dem herrschenden Unternehmen, die abhängige Gesellschaft zu veranlassen, nachteilige Rechtsgeschäfte vorzunehmen oder nachteilige Maßnahmen zu treffen oder zu unterlassen. Unter das Verbot fallen demnach nur solche Rechtsgeschäfte und Maßnahmen, zu denen die abhängige Gesellschaft von der herrschenden unter Benutzung ihres Einflusses veranlaßt worden ist¹⁾. Ursächlich für den Abschluß

¹⁾ so auch Godin-Wilhelmi, § 311, Anm. 2, S. 1630

des nachteiligen Rechtsgeschäfts oder die Vornahme oder Unterlassung der nachteiligen Maßnahme muß demnach die Benutzung des Einflusses durch das herrschende Unternehmen gewesen sein, wenn dieses Rechtsgeschäft oder die betreffende Maßnahme unter dem Gesichtspunkt des § 311 beurteilt werden soll.

Es gibt in der Praxis Fälle, bei denen die abhängige Gesellschaft Geschäfte durchführt oder Maßnahmen trifft und unterläßt, ohne daß die herrschende Gesellschaft hierauf einen Einfluß ausgeübt hat. Dabei ist zu berücksichtigen, daß der Vorstand einer faktisch abhängigen Gesellschaft grundsätzlich in der Geschäftsführung frei ist¹⁾. Eine abhängige Gesellschaft ist im Sinne des § 17 rechtlich selbständig²⁾. Durch § 76 Abs. 1 wird die Leitung der Aktiengesellschaft eigenverantwortlich dem Vorstand übertragen. Diese Selbständigkeit zeigt sich schon darin, daß das abhängige Unternehmen fähig ist, Verträge - wie Rahmenverträge - abzuschließen. Daraus ergibt sich, daß es in erster Linie seinem eigenen Entschluß und Ermessen und seinen unternehmerischen Überlegungen unterliegt, welche Rechtsgeschäfte er abschließt und welche Maßnahmen er trifft. Soweit kein Beherrschungsvertrag geschlossen wurde, steht dem herrschenden Unternehmen rechtlich keine Leitungsmacht und damit kein Weisungsrecht³⁾ zu. Die Bestimmung des § 311 läßt jedoch tatsächlich eine Einflußnahme aufgrund der Beherrschungsverhältnisse zu mit der Einschränkung, als Weisungen, die Nachteile zur Folge haben, ausgeglichen werden müssen⁴⁾.

1) vgl. dazu auch BGH, Urteil vom 8.12.1954 in: BGHZ 15, S. 382 ff, S. 389

2) vgl. S. 36

3) vgl. Gessler in: Festschrift für Walter Schmidt, S. 252 f
4) Leo in: Die AG 1965, S. 356; Gessler in: DB 1965, S. 1729; Wilhelm in: Die AG 1965, S. 308

Man kann jedoch nicht davon ausgehen, daß sich der Vorstand von abhängigen Gesellschaften in allen Fällen durch das herrschende Unternehmen in seinen Entscheidungen beeinflussen lassen oder eine Vermutung dafür bestehen würde. Eine so weitgehende Einflußnahme hat der Gesetzgeber auch nicht gewollt¹⁾; denn nach § 311 steht die Beeinflussungsmöglichkeit mit der Pflicht zum Nachteilsausgleich eine Ausnahme dar. Dies gilt vor allem für Handlungen mit Dritten - auch solche können allerdings dann, wenn sie auf den Einfluß des herrschenden Unternehmens zurückzuführen sind, unter § 311 fallen - , in weitgehendem Umfang auch für Rechtsgeschäfte und Maßnahmen, die zwischen den beiden Unternehmen selbst durchgeführt werden.

In der Praxis wird es nicht immer leicht sein, gerade in dem letzteren Fall die Grenze zwischen den Geschäften zu finden, die unbeeinflußt von dem herrschenden Unternehmen durchgeführt worden sind und solchen, die auf dessen Einfluß beruhen. Trotzdem ist diese Unterscheidung von Bedeutung, und sie wird häufig dazu führen, daß lediglich die pflichtgemäße Aussage der beteiligten Personen zu einer Klärung des Tatbestandes führt.

Festzuhalten ist, daß unter § 311 nur diejenigen Rechtsgeschäfte und Maßnahmen fallen, die ausschließlich oder zumindestens auch auf den Einfluß des herrschenden Unternehmens zurückzuführen sind.

¹⁾ vgl. Begr. RegE zu § 311, abgedruckt bei Kropff, S. 407

Für Rechtsgeschäfte und Maßnahmen, die den Bestand eines Rahmenvertrages berühren, folgt daraus:

Der Abschluß derartiger Verträge wird stets auch auf den Einfluß des herrschenden Unternehmens zurückzuführen sein. Das gleiche gilt von der Frage, ob ein solcher Vertrag - wenn rechtlich hierzu die Möglichkeit besteht - gekündigt werden oder ob von einem etwa vertraglich vereinbarten Recht einseitiger Verlängerung durch das beherrschte Unternehmen oder einer ggf. nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen bestehenden Anfechtungsmöglichkeit Gebrauch gemacht werden soll oder muß. In diesen Fällen ist in der Regel davon auszugehen, daß eine derartig weitgehende Maßnahme von dem abhängigen Unternehmen nicht ohne Einfluß seitens des herrschenden Unternehmens getroffen oder unterlassen werden kann, so daß diese Rechtshandlungen oder Unterlassungen grundsätzlich der Vorschrift des § 311 unterliegen.

Daraus ist der Schluß zu ziehen, daß derartige Rechtshandlungen nur durchgeführt werden können, wenn dadurch Nachteile nicht entstehen bzw. ausgeglichen werden.

b) Die Beurteilung dieser Rechtshandlungen auf ihre Angemessenheit

Rechtsgeschäfte und Maßnahmen, die den Bestand eines Rahmenvertrages berühren, sind in dem Zeitpunkt, in dem die Voraussetzungen für eine entsprechende Entschliebung des Vorstandes des abhängigen Unternehmens gegeben sind, darauf zu untersuchen, ob sie der abhängigen Gesellschaft Nachteile bringen, und wenn dies der Fall ist, ob diese Nachteile ausgeglichen werden.

Bei dem Entschluß, einen Rahmenvertrag zu begründen, sind ebenso wie bei einer Verlängerung oder im Falle des Unterlassens der Kündigung bei der Prüfung der Frage, ob eine solche Rechtshandlung oder Maßnahme für die beherrschte Gesellschaft nachteilig ist, alle Vorteile und alle Nachteile, die der Vertrag insgesamt mit sich bringt, gegeneinander abzuwägen. Letzten Endes ist dies eine unternehmerische Entscheidung, bei der eine große Anzahl von äußeren Einflüssen und kaufmännischen Erwägungen eine Rolle spielen, die zahlenmäßig nicht zu erfassen sind.

Vor allem beim Abschluß eines Rahmenvertrages besteht keine Möglichkeit, aufgrund von Zahlenmaterial Vorteile und Nachteile zu vergleichen. Die Prüfung kann sich also nur auf die Aussichten beziehen, die der Vertrag voraussichtlich der beherrschten Gesellschaft gewährt, und darauf erstrecken, ob die Bedingungen dieses Vertrages nach allgemeinen kaufmännischen Grundsätzen und bei Vergleich mit ähnlich gelagerten Verträgen von einem abhängigen Unternehmen in der gleichen Weise abgeschlossen worden wären!¹⁾.

Die gleichen Grundsätze gelten auch für die Frage der Verlängerung eines bestehenden Vertrags, bzw. der Nichtausübung

¹⁾ vgl. S. 82 f

eines Kündigungsrechtes¹⁾). Auch hier ist für die unternehmerischen Überlegungen der Geschäftsführung die Frage, wie der Vertrag sich bisher ausgewirkt hat, und ob er unter Umständen insgesamt gesehen gewisse Nachteile für die Gesellschaft mit sich gebracht hat, von geringerer Bedeutung als die Frage, welche Aussichten in der Zukunft bestehen. Es ist z.B. möglich, daß ein Vertrag in den ersten Jahren bis zum Zeitpunkt der erstmaligen Kündigungsmöglichkeit gewisse Nachteile mit sich gebracht hat, daß aber die in ihm liegenden Vorteile sich nach pflichtgemäßer Überlegung des Vorstandes der abhängigen Gesellschaft erst in der Zukunft auswirken, so daß auch hier ausschlaggebend die zukünftige Beurteilung der Verhältnisse ist.

In diesen Zusammenhang fällt auch die unterlassene Maßnahme der Kündigung eines Rahmenvertrages aus der Zeit vor Inkrafttreten des Aktiengesetzes von 1965, der Bestimmungen enthält, welche dem Inhalt des § 311 nicht entsprechen²⁾.

Ähnliche Gesichtspunkte gelten über die zuvor erwähnten Möglichkeiten einer Vernichtung des Vertrages aus vertraglichen oder allgemeinen Rechtsgründen. Die Entscheidung, ob hiervon Gebrauch gemacht werden soll, hängt davon ab, wie die Geschäftsleitung die Zukunft beurteilt und ob sie es für aussichtsreich hält, den Vertrag aufrecht zu erhalten oder nicht.

Auch für Vereinbarungen, die den Vertrag im Grundsatz zwar aufrecht erhalten, aber einzelne Rechte und Pflichten neu regeln, gilt schließlich das gleiche. Auch hier sind die zukünftigen Auswirkungen der vorgenommenen Änderungen

¹⁾ vgl. dazu auch Goerdeler in: Wirtschaftsprüfung im neuen Aktienrecht, S. 125

²⁾ vgl. S. 117 f, S. 124

insgesamt gesehen ausschlaggebend für die Beurteilung der Frage, ob diese Maßnahme Nachteile bewirken oder nicht.

Ein Ausgleich für etwa in der Vergangenheit aus dem Vertrag entsprungene Nachteile wird aufgrund der Bestimmungen der §§ 311 ff nicht gewährt¹⁾, so daß die Entscheidung über die Aufrechterhaltung des Vertrages auch aus diesem Grunde in erster Linie von der zukünftigen Beurteilung seiner Auswirkung abhängt. Es wird jedoch bei der Beurteilung der Frage, wie die Zukunft aussehen wird, die Praxis der Vergangenheit eine Rolle spielen. Aber auch bei der Beurteilung der vergangenen Zeit kommt es nicht allein auf die rechnerisch zu ermittelnden Ergebnisse an; es sind auch hier Vorteile in Erwägung zu ziehen, die sich nicht in Zahlen ausdrücken lassen, und die ggf. die Gesamtbeurteilung als vorteilhaft erscheinen lassen, selbst wenn einzelne Erfüllungsgeschäfte Nachteile gebracht haben sollten.

Es könnte hier eingewandt werden, daß dieser allgemeine Ausgleich von Nachteilen und Vorteilen bei der Beurteilung eines Rahmenvertrages dem Willen des Gesetzgebers widerspricht. In der Begründung des Regierungsentwurfs zu § 311 heißt es nämlich: "Ein allgemeiner Ausgleich von Nachteilen mit Vorteilen aus dem Beherrschungsverhältnis ist nicht in Betracht zu ziehen. Könnte sich das herrschende Unternehmen auf irgendwelche Vorteile berufen, welche die abhängige Gesellschaft aus dem Beherrschungsverhältnis erlangt hat oder gar noch erlangen wird, so müßte stets die Gesamtheit der Vor- und Nachteile aus dem Beherrschungsverhältnis gegeneinander abgewogen werden"²⁾.

¹⁾ vgl. S. 75 f

²⁾ abgedruckt bei Kropff S. 409

Diese Begründung des Regierungsentwurfs steht der hier vertretenen Auffassung nicht entgegen. Es wird nicht ein allgemeiner Ausgleich von Nachteilen mit Vorteilen aus dem Beherrschungsverhältnis in Betracht gezogen, sondern lediglich ein solcher Ausgleich in den Grenzen eines zwischen zwei Unternehmen abzuschließenden oder abgeschlossenen Vertrages. Bei einem solchen Rahmenvertrag müssen aber die Gesamtheit der Vor- und Nachteile dieses Vertrages gegeneinander abgewogen werden; anders läßt er sich nicht beurteilen.

Auch in einem zweiten Punkt steht diese Auffassung nicht im Gegensatz zu dem Regierungsentwurf. Entgegen der ursprünglichen Bestimmung des Referentenentwurfs, daß Vor- und Nachteile auf einem einheitlichen Geschäft beruhen müssen¹⁾, muß nach § 311 der Ausgleich von Nachteilen entweder während des Geschäftsjahres erfolgen, oder es muß spätestens am Ende des Geschäftsjahres, in dem der Nachteil entstanden ist, ein Rechtsanspruch auf den Ausgleich gewährt worden sein.

Bei Rahmenverträgen beruht der Ausgleich von Vor- und Nachteilen, die ein solcher Vertrag mit sich bringt, immer auf demselben Rechtsgeschäft. Es besteht hierauf auch ein im Jahre des Entstehens eines Nachteils begründeter Rechtsanspruch, nämlich eben der Rahmenvertrag, der jeden in späterer Zeit hieraus entstehenden Vorteil bereits verbrieft.

¹⁾ vgl. S. 74

Anders liegen die Verhältnisse bei einem Verzicht der beherrschten Gesellschaft auf im Rahmenvertrag verbriefte Ansprüche, soweit diese bereits wirksam geworden sind, wie z.B. eine verwirkte Vertragsstrafe. Ein solcher Verzicht wird im allgemeinen einen Nachteil in sich bergen, der durch einen entsprechenden Vorteil ausgeglichen werden muß, und zwar entweder tatsächlich im Laufe des betreffenden Geschäftsjahres oder durch Gewährung eines Rechtsanspruches.

2) Einzelgeschäfte in Ausführung eines Rahmenvertrages

Anders liegen jedoch die rechtlichen Verhältnisse bei der Beurteilung von Einzelgeschäften aufgrund bestehender Verträge, welche die Parteien zu einem bestimmten und einseitig unabdingbaren Verhalten verpflichten. Ursache und Rechtsgrundlage für diese Einzelgeschäfte im Rahmen des bestehenden Vertrages kann nicht der Einfluß des herrschenden Unternehmens sein, sondern ist immer die Rechtsverpflichtung, die durch den Rahmenvertrag begründet worden ist.

Das neue Aktienrecht hat nicht in bestehende Verträge eingegriffen, soweit diese nicht einen Verstoß gegen die gesetzlichen Bestimmungen enthalten¹⁾, und enthält auch keine Vorschrift, die es einer Vertragspartei gestatten würde, unter bestimmten Voraussetzungen die Erfüllung eines Vertrages zu verweigern. Dies gilt auch, wenn es sich bei den Vertragspartnern um herrschende und abhängige Gesellschaften handelt. Für die Frage, inwieweit die Möglichkeit besteht, die Erfüllung eines Vertrages zu verweigern, gelten die allgemeinen Grundsätze des bürgerlichen Rechts.

¹⁾vgl. S. 117 ff

Der Vorstand der abhängigen Gesellschaft ist dementsprechend als ordentlicher Geschäftsleiter zur Erfüllung eines bestehenden Rahmenvertrages verpflichtet, ohne daß das Abhängigkeitsverhältnis oder der Einfluß des beherrschenden Unternehmens ursächlich hierfür sein können.

Die Vornahme von Rechtsgeschäften, die in Erfüllung einer in einem Rahmenvertrag übernommenen Verpflichtung geschieht, und Maßnahmen, die aufgrund solcher Verpflichtungen getroffen oder unterlassen werden, können daher nicht den Tatbestand des § 311 erfüllen.

Mit dieser Feststellung ist auch gleichzeitig gesagt, daß es nicht darauf ankommt, im Rahmen des §§ 311 ff zu untersuchen, ob solche Rechtsgeschäfte oder Maßnahmen im Einzelfall für die abhängige Gesellschaft nachteilig sind. Es wird häufig der Fall sein, daß bei einem Rahmenvertrag der abhängigen Gesellschaft außer den daraus sich ergebenden Vorteilen auch Nachteile erwachsen, wobei der Begriff Nachteil in diesem Zusammenhang nicht näher erläutert zu werden braucht. Wenn beispielsweise in einem Vertriebsvertrag für bestimmte Produkte des herrschenden Unternehmens durch das abhängige gleichzeitig das Verbot enthalten ist, diese Gegenstände in Gebiete, die nicht Gegenstand des Vertrags sind, zu liefern, so bedeutet dies eine Einschränkung, die man unter Umständen als Nachteil ansehen kann. Ähnliches gilt für einen Lizenzvertrag, der die Benutzung der Patente des herrschenden Unternehmens durch das abhängige vorsieht, daran aber die Bedingung knüpft, daß bestimmte Teile von dem Lizenzgeber bezogen werden müssen. Diese einzelnen Nachteile

sind in der Regel durch Vorteile innerhalb eines Rahmenvertrages zwischen herrschendem und abhängigen Unternehmen - wie etwa die Einbeziehung des Vertriebsnetzes des herrschenden Unternehmens in das abhängige, Kundenwerbung durch die herrschende Gesellschaft - ausgeglichen. Auch dann, wenn ein Rahmenvertrag einzelne nachteilig wirkende Bestimmungen enthält, berechtigt die Vorschrift des § 311 die abhängige Gesellschaft nicht, einen Ausgleich dieser Nachteile zu verlangen und verpflichtet das herrschende Unternehmen nicht, einen solchen zu gewähren.

Zu dem gleichen Ergebnis kommt man, wenn man entgegen der hier vertretenen Meinung auch Rechtsgeschäfte, die in Erfüllung eines Rahmenvertrages abgeschlossen werden, unter die Vorschriften des § 311 eingruppieren würde. Nach § 317 Abs. 2 tritt beim Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen des § 311 eine Ersatzpflicht dann nicht ein, wenn auch ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer unabhängigen Gesellschaft das Rechtsgeschäft vorgenommen oder die Maßnahme getroffen oder unterlassen hätte¹⁾. Ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter auch einer unabhängigen Gesellschaft muß vertragliche - auch nachteilige - Verpflichtungen insoweit einhalten, als er die von ihm vertretene Gesellschaft anderenfalls möglicherweise schadenersatzpflichtig machen und ihr dementsprechend gerade durch diese Handlung einen Nachteil zufügen würde.

Unabhängig von dem vorstehend Ausgeführten ist der Vorstand einer abhängigen Gesellschaft jedoch verpflichtet, zu versuchen, die Ausführungen von Einzelgeschäften in Erfüllung des Rahmenvertrages, die nachteilig sind, im Einvernehmen mit dem herrschenden Unternehmen zu ändern oder aufzuheben. Diese Verpflichtung ergibt sich jedoch nicht aus § 311, sondern aus den Vorschriften über die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder nach § 93²⁾.

¹⁾vgl. S. 82 f

²⁾vgl. S. 125ff

IV. Der Inhalt des Abhängigkeitsberichtes nach § 312
bei Bestehen eines die Geschäftsbeziehungen regelnden
Rahmenvertrages

§ 312 dient der praktischen Verwirklichung des § 311 und geht in wesentlichen Punkten über diese Vorschrift hinaus. Der Gesetzgeber ist davon ausgegangen, daß es nicht genügt, die Verbotsnorm und die Folgen ihrer Verletzung festzulegen, sondern daß darüber hinaus eine Möglichkeit geschaffen werden muß, festzustellen, ob gegen das Verbot verstoßen worden ist oder nicht¹⁾.

Aus dem Umfang der mitteilungspflichtigen Tatbestände²⁾ ergibt sich - und dies ist auch in der Begründung zum Regierungsentwurf zum Ausdruck gekommen³⁾ -, daß die Bericht-erstattungspflicht des Vorstandes über die von § 311 ge-troffenen Geschäfte und Maßnahmen hinausgeht.

Es wurde auf den Seiten 61 fferörtert, daß die Bestimmung des § 312 nicht wörtlich auszulegen ist. Einmal braucht über wiederkehrende Geschäfte, die zu gleichen Bedingungen abgewickelt werden, nur zusammenfassend berichtet zu werden. Hierunter fallen vor allem Geschäfte, die in Erfüllung eines Rahmenvertrages ausgeführt werden. Zum anderen brauchen - dem Sinn der §§ 311 ff entsprechend - Rechtsgeschäfte und Maßnahmen, die den Tatbestand des § 311 nicht erfüllen können und deswegen für die mit dem Bericht verfolgten Zielen bedeutungslos sind, nur global erörtert zu werden.

1) vgl. S. 16

2) vgl. S. 52 ff

3) abgedruckt bei Kropff, S. 411

Aus den Überlegungen ergeben sich für die Aufstellung des Abhängigkeitsberichtes durch eine abhängige Gesellschaft in den Fällen, in denen ein Rahmenvertrag besteht oder abgeschlossen werden soll, folgende allgemeine Grundsätze:

Wenn der Vertragspartner eines Rahmenvertrages, der die Geschäftsbeziehungen zwischen zwei Unternehmen regelt, ein herrschendes Unternehmen ist, so hat der Vorstand über die im Rahmen des Vertrages im abgelaufenen Geschäftsjahr vorgenommenen Rechtsgeschäfte und getroffenen Maßnahmen Bericht zu erstatten.

Über die in Erfüllung des Vertrages abgeschlossenen Einzelgeschäfte kann zusammenfassend berichtet werden¹⁾). Es ist jedoch darauf zu achten, daß die Zusammenfassung nicht zu einer Beeinträchtigung der Aussagekraft des Berichtes führt. Der Leser des Berichts muß eine Vorstellung von Art und Umfang dieser Geschäfte haben.

Über die Vor- und Nachteile aus diesen Erfüllungsgeschäften ist nicht zu berichten, da die Vertragspartei, die zufällig gleichzeitig herrschendes Unternehmen ist, keine Verpflichtung zum Ausgleich eines Nachteiles hat, der dem anderen Vertragspartner in Erfüllung einer vertraglichen Pflicht entsteht.

Eine Ausgleichspflicht kann nur entstehen, wenn auf Veranlassung oder im Interesse des herrschenden Unternehmens der Vorstand des abhängigen Unternehmens trotz gegebener

¹⁾ Auch nach Goerdeler in: Wirtschaftsprüfung im neuen Aktienrecht, S 126, ist immer dann zu berichten, wenn sich die Erfüllung langfristiger Verträge ausgewirkt hat, um dem Abschlußprüfer die Möglichkeit zu geben, den weiteren Verlauf und die Erfüllung der einzelnen Geschäfte zu betrachten. Goerdeler befaßt sich jedoch nicht mit der Frage, ob derartige Geschäfte ausgleichspflichtig sind.

Veranlassung eine Änderung des Vertrages nicht angestrebt oder eine Kündigung unterlassen hat. Der Vorstand hat deshalb im Abhängigkeitsbericht die Gründe für getroffene und unterlassene Rechtsgeschäfte und Maßnahmen (Änderung oder Kündigung des Vertrages) anzugeben. Diese Begründung soll die unternehmerischen Überlegungen erkennen lassen, die den Vorstand zu einem Verzicht auf eine Änderung oder Kündigung des Vertrages veranlaßt haben.

Führt die laufende Überwachung des bestehenden Vertrages durch den Vorstand der abhängigen Gesellschaft aufgrund der Vorschrift des § 93¹⁾ zu der Feststellung, daß durch etwa geänderte wirtschaftliche Verhältnisse in Zukunft mit einem erheblichen Nachteilssaldo zu rechnen ist, und erfolgt trotzdem keine Kündigung durch den Vorstand, so ist über diesen Sachverhalt zu berichten. Dabei ist der für die berichtspflichtige Gesellschaft in Zukunft entstehende Nachteil zu beziffern und anzugeben, in welcher Form der Nachteil bis zum Ende des Geschäftsjahres ausgeglichen worden ist.

Wie bei jedem anderen Vertrag kann es aber auch möglich sein, daß aufgrund der geänderten wirtschaftlichen Verhältnisse zwar in Zukunft nicht mit einem Nachteilssaldo zu rechnen ist, daß aber einzelne Bestimmungen des Vertrages aufgrund dieser veränderten wirtschaftlichen Verhältnisse zu einem Nachteil führen werden. In diesem Fall hat der Vorstand der abhängigen Gesellschaft die Verpflichtung, eine entsprechende Änderung des Vertrages anzustreben.

¹⁾ vgl. S. 125 f

Unterläßt der Vorstand diese Bemühungen auf Veranlassung oder im Interesse des herrschenden Unternehmens, so liegt auch darin eine unterlassene Handlung, über die zu berichten ist. Der Nachteil der unterlassenen Maßnahme ist aber schwer abzuschätzen, da der mögliche Erfolg in den Bemühungen um eine Änderung des Vertrages ohne tatsächliche Verhandlungen nicht übersehen werden kann.

Zu berichten ist weiterhin über Maßnahmen des Vorstandes, die das Ziel haben, Bestimmungen eines alten Rahmenvertrages, die entgegen der schon früher herrschenden Auffassung¹⁾ für die Gesellschaft nachteilig sind, zu ändern und über solche Maßnahmen, die darauf gerichtet sind, sich vom ganzen Vertrag zu lösen. Falls derartige Bemühungen nicht unternommen werden, hat der Vorstand auch darüber unter dem Gesichtspunkt einer unterlassenen Maßnahme zu berichten.

Wenn der Nachteil einer Kündigung des Vertrages mit Sicherheit größer ist als die durch etwa veränderte wirtschaftliche Verhältnisse entstehenden Nachteilssalden aus den Erfüllungsgeschäften im Rahmen des Vertrages, dann besteht keine Veranlassung, den Vertrag zu kündigen. Der Verzicht auf die Kündigung des Vertrages ist zwar eine unterlassene Maßnahme, über die aber nach § 312 Abs. 1 nicht zu berichten ist; aus dieser unterlassenen Maßnahme entstehen der Gesellschaft keine größeren Nachteile als im Falle der Fortgeltung des Vertrages.

¹⁾ vgl. S. 12, S. 117 ff

Ist im Laufe eines Geschäftsjahres ein Rahmenvertrag neu abgeschlossen worden, dann hat der Vorstand der abhängigen Gesellschaft in seinem Bericht die unternehmerischen Überlegungen darzulegen, die ihn zu diesem Abschluß bewogen haben. Außerdem sind die wesentlichsten Bedingungen dieses Vertrages anzugeben und eine Erklärung über deren Angemessenheit zuzufügen.

Ebenso ist zu verfahren, wenn im Laufe eines Geschäftsjahres ein bestehender Vertrag verlängert oder gekündigt wurde. Auch hier hat der Vorstand die unternehmerischen Überlegungen darzulegen, die ihn zu einer solchen Maßnahme oder zum Unterlassen der Handlung veranlaßt haben.

Das gleiche gilt schließlich für Änderungen, die im Laufe eines Geschäftsjahres an einem bestehenden Rahmenvertrag vorgenommen wurden¹⁾.

Eine ausführliche Berichterstattung über alle in § 312 im einzelnen aufgeführten Rechtsgeschäfte und Maßnahmen ist notwendig, soweit sie keinen Zusammenhang mit dem Rahmenvertrag haben.

V. Die Erfassung der berichtspflichtigen Tatbestände bei Bestehen eines Rahmenvertrages

Zur Erfüllung seiner Berichterstattungspflicht in dem Abhängigkeitsbericht hat der Vorstand während des Jahres diejenigen Informationen systematisch zu sammeln, die für die Erstattung des zuvor erörterten Abhängigkeitsberichts zunächst Voraussetzung sind, und die im zweiten Schritt

¹⁾im Ergebnis auch Rasner in BB 1966, S. 1045

dem Abschlußprüfer und Aufsichtsrat die Prüfung des Abhängigkeitsberichts ermöglichen. Die wesentliche Erleichterung für den Abhängigkeitsbericht im Zusammenhang mit Rahmenverträgen besteht darin, daß für Rechtsgeschäfte und Maßnahmen aus diesen Verträgen keine Einzelerläuterungen erfolgen müssen. Während es sich bei den Erläuterungen zu den Erfüllungsgeschäften des Rahmenvertrages um eine nur globale Darstellung der einzelnen Vertragsabschnitte handelt, ist hinsichtlich der vorgenommenen oder unterlassenen Maßnahmen im Zusammenhang mit der Kündigung oder der Änderung des Vertragsinhaltes lediglich eine Darstellung der unternehmerischen Entscheidung erforderlich. Art und Umfang der Untersuchung hierzu bestimmen sich nach dem pflichtgemäßen Ermessen des Vorstandes.

Soweit Rechtsgeschäfte in Erfüllung des Rahmenvertrages gleichzeitig einen buchungspflichtigen Vorgang darstellen, genügt die Erfassung auf besonderen Konten innerhalb der Buchhaltung¹⁾.

Soweit es sich um Geschäfte als Ausfluß des Rahmenvertrages mit Dritten im Interesse oder auf Veranlassung des herrschenden oder eines mit diesem verbundenen Unternehmens handelt, sind weitere statistische Aufzeichnungen erforderlich.

Rechtsgeschäfte in Erfüllung des Rahmenvertrages, die keinen buchungspflichtigen Vorgang darstellen, sind in den meisten Fällen noch nicht erledigte Aufträge, die nach den bestehenden Organisationsformen von den Verkaufsabteilungen laufend

¹⁾ hierzu und zum folgenden vgl. S. 66 ff

statistisch erfaßt werden. In den Aufzeichnungen des Auftragsbestandes können die Rechtsgeschäfte mit einer besonderen Statistik oder mit einer besonderen Kennzeichnung innerhalb der allgemeinen Statistik erfaßt werden, damit nach Ablauf des Geschäftsjahres als Grundlage für die Aufstellung des Abhängigkeitsberichtes entsprechende Listen über den am Bilanzstichtag noch nicht abgewickelten Auftragsbestand angefertigt werden können.

Für die Erfassung der Maßnahmen in Erfüllung des Rahmenvertrages ist eine besondere Liste anzulegen, in der während des Geschäftsjahres alle Maßnahmen und Rechtsgeschäfte mit Dritten eingetragen werden, die nach den Bestimmungen des Rahmenvertrages getroffen oder unterlassen werden, damit nach Ablauf des Geschäftsjahres dem Vorstand alle Unterlagen für seine zusammenfassende Berichterstattung zur Verfügung stehen.

Da alle diese Rechtsgeschäfte und Maßnahmen in Erfüllung des Rahmenvertrages nicht Gegenstand einer Untersuchung über einen möglicherweise zu gewährenden Nachteilsausgleich sein können, erübrigt sich an dieser Stelle die Ermittlung eines etwaigen Nachteilssaldos einzelner Rechtsgeschäfte.

Die laufende Beobachtung eines solchen Dauerschuldverhältnisses zum Zweck einer möglicherweise gebotenen Kündigung oder Änderung des Vertrages könnte in der Weise geschehen, als der Vorstand bestimmte, nach den wirtschaftlichen Verhältnissen nachteilsverdächtige Gruppen von Vertretungsgeschäften oder Lizenzfertigungen fallweise daraufhin untersucht, ob etwa die gezahlten Preise, die gewährten Provisionen, die gezahlten Lizenzen noch angemessen sind oder auch, ob die in Lizenz gefertigten Gegenstände zwischenzeitlich durch eigene Entwicklungen oder durch vorteilhaftere Konstruktionen fremder Firmen ersetzt werden könnten.

Diese Untersuchungen müssen den Vorstand in die Lage versetzen, einen etwaigen Nachteilssaldo aus den Erfüllungsgeschäften des jeweils abgelaufenen Geschäftsjahres festzustellen. Aus dieser Feststellung kann auf die mutmaßlichen Nachteile in den folgenden Geschäftsjahren bei Fortgeltung des Vertrages geschlossen werden. Um jedoch die Entscheidung für die Kündigung treffen zu können, ist dieser Nachteilssaldo, der sich bei dem Fortgelten des Vertrages ergibt, zu vergleichen mit dem Nachteil, der sich im Fall einer Kündigung des Vertrages ergeben wird. Der auf lange Sicht zu erwartende Nachteil infolge einer Kündigung kann größer sein als der erkennbare Nachteil aus der Fortgeltung des Vertrages.

Es scheint deshalb zweckmäßig, die möglichen Nachteile aus einer Kündigung des Vertrages in einer grundlegenden Untersuchung abzuschätzen. Sollte sich dabei herausstellen, daß die abhängige Gesellschaft etwa ohne Recht auf Verwertung der Patente des herrschenden Unternehmens und ohne die Vorteile aus dem Konzernverbund gar nicht lebensfähig ist, die Fortführung der Fabrikationsstätten ohne das Recht auf Benutzung der Patente nicht gesichert ist, so ist anzunehmen, daß der Nachteil aus einer Kündigung des Vertrages größer ist als etwaige Nachteile aus der Fortgeltung des Vertrages. In diesem Fall ist es nicht notwendig, die Nachteile aus der Fortgeltung des Vertrages in jedem Jahr festzustellen.

Wenn dagegen im Falle einer Kündigung des Vertrages nur mit begrenzten Nachteilen für die abhängige Gesellschaft zu rechnen ist, so ist der Vorstand verpflichtet, in jedem Jahr auch den damit zu vergleichenden Nachteil aus der Fortführung des Vertrages festzustellen.

L e b e n s l a u f

Ich wurde am 28. Mai 1935 als drittes Kind des Bergassessors a. D. Gerd Paul Winkhaus und seiner Ehefrau Ilse Winkhaus, geb. Baum, in Essen geboren.

Nach meiner Reifeprüfung im März 1955 am Neusprachlichen Gymnasium in Castrop-Rauxel studierte ich Rechtswissenschaften in Genf/Schweiz, Freiburg/Br. und Bonn/Rh.

Im August 1959 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Hamm/Westf. die erste juristische Staatsprüfung.

Anschließend studierte ich Betriebswirtschaft in Münster/Westf. und war in den Oberlandesgerichtsbezirken Hamm/Westf. und Düsseldorf sowie in dem Kammergerichtsbezirk Berlin als Referendar im Vorbereitungsdienst tätig.

Nach dem zweiten juristischen Staatsexamen wurde ich Mitarbeiter der Karoli-Wirtschaftsprüfung GmbH, Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, Steuerberatungsgesellschaft in Essen.

Seit Dezember 1965 bin ich als Rechtsanwalt bei dem Amtsgericht und dem Landgericht Essen zugelassen.

